

UiO • Det juridiske fakultet

Høyesteretts tredeling av grunnlovsbestemmelsene

En rettskildevurdering av forholdet mellom premiss og resultat

Kandidatnummer: 580

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 15657



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
2	NOEN BEGREPSAVKLARINGER.....	3
2.1	”Domstolskontroll”	3
2.2	“Tilsidesettelse”	4
2.3	Domstolskontroll med “lover”	5
3	DE SENTRALE DOMMENE FOR TREDELINGEN.....	5
3.1	Flertallenes betenkninger	5
3.1.1	Rt. 1976 s. 1	5
3.1.2	Rt. 1996 s. 1415	7
3.1.3	Rt. 1997 s. 1821	9
3.1.4	Rt. 2004 s. 1737	11
3.1.5	Rt. 2007 s. 1281	12
3.1.6	Rt. 2010 s. 143	14
3.2	Hva sier mindretallene?	16
4	TREDELINGENS UTVIKLING – EN OPPSUMMERING AV KJERNEUTTALELSENE	20
5	SAMMENHENGEN MELLOM PREMISS OG RESULTAT.....	23
5.1	Når grunnlovsspørsmålet kommer på ”spissen”	23
5.1.1	De økonomiske rettigheter.....	23
5.1.2	Bestemmelsene til vern om den personlige frihet og sikkerhet.....	26
5.2	Hvor det er ”rimelig tvil” om grunnlovsspørsmålet	27
5.2.1	De økonomiske rettigheter.....	27
5.2.2	Bestemmelsene til vern om den personlige frihet og sikkerhet.....	30
5.3	Kort oppsummering	32

6	SYNET PÅ LOVGIVERS VILJE	34
6.1	Det økonomiske grunnlovsværn	36
6.2	Vernet om den personlige frihet og sikkerhet.....	38
7	NORMATIV VURDERING AV DOMSTOLSKONTROLLENS INTENSITET	40
7.1	Hvorfor er Høyesterett henholdsvis varsom og i andre tilfeller mer intens?	40
7.2	Domstolskontrollens demokratiske legitimitet	42
8	AVSLUTNING.....	47
9	LITTERATURLISTE	48
9.1	Dommer	48
9.2	Juridisk teori	48
9.3	Artikler og nettdokumenter.....	48

1 Innledning

Tema for oppgaven er Høyesteretts tredeling av grunnlovsbestemmelsene, når dommerne utøver kontroll med lovgivningen. Alle domstoler i det norske rettssystem foretar slik kontroll, men det er her den kontroll som foretas i Høyesterett jeg har for øye. Avgjørelsene som tas der har prejudikatsinteresse og signaleffekt overfor lovgiver på en sterkere måte enn hva avgjørelsene i de underordnede domstoler har, ettersom det er Høyesterett som dømmer i siste instans, jf. GrL. § 88.

Tanken om en tredeling fikk uttrykk i Høyesterett først i 1976, og har senere blitt bekreftet en rekke ganger av Høyesterett selv. Det tanken springer ut fra, er et behov for domstolene for å danne retningslinjer for utøvelsen av domstolskontroll. Det er et omstridt instrument i det norske rettssystem, som skaper spenning mellom den lovgivende og den dømmende makt. De problemer denne form for kontroll skaper, skal utdypes nærmere senere, men her kan kort nevnes at det av mange motstandere er sett på som udemokratisk at dommerne i Høyesterett, som er utnevnte embetsmenn, og ikke folkevalgte, gis muligheten til å få et ord med i lovgivningsspørsmål som i utgangspunktet tilligger den folkevalgte lovgivningsmakt ved Stortinget.

Grunnloven er som de formelle lover og de øvrige skrevne rettskilder vi har, skreven tekst som må tolkes for å finne dens nærmere innhold. Men den er ikke en detaljert utformet tekst, den angir visse grenser som lovgiverne må respektere når de gjennom vedtakelsen av formelle lover utfyller den. Og denne utfyllingsprosessen er i utgangspunktet uproblematisk. Men det forekommer at de lover som gis, bevisst eller ubevisst, fører til resultater som er uforenlige med grunnloven. Og da er utgangspunktet etter rangordningen i vårt rettsskildesystem at Grunnlovens løsning må følges dersom problemstillingen kommer opp for domstolene. Men dersom dette blir tilfelle, står man ovenfor den situasjon at domstolene på et vis overtar lovgiverrollen, ved å si hvilke lover som kan gjelde og ikke.

Professor Carsten Smith introduserte i 1975 en såkalt gradering av de grunnlovsbestemte rettighetsbestemmelser¹, i et forsøk på å finne et kompromiss mellom på den ene side ønsket om å la lovgiver være den som avgjør hvorvidt en lov står seg i relasjon til grunnloven eller ikke, og på den annen side opprettholde realiteten av et grunnlovsvern. Læren var inspirert av USA og det som i teorien ofte ble omtalt som "the preferred position principle", som kort oppsummert innebærer at domstolene har en særlig oppgave til å etterse at styringssystemet fyller visse minstekrav når det gjelder ytringsfrihet, stemmerett osv., men at inngrep på andre områder stort sett må respekteres.

Og det er dette "læren" om tredelingen springer ut i fra, og som for første gang fikk uttrykk i en høyesterettsdom i 1976. Slik den den gang ble formulert, gikk tredelingen ut på at grunnlovsbestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet skulle ha størst motstandskraft mot inngrep ved lov, grunnlovsbestemmelser om statsmaktenes arbeidsmåte ville ikke ha særlig stor motstandskraft, mens bestemmelser om økonomiske rettigheter i relasjon til dette skulle stå i en mellomstilling.

Høyesterett utviklet altså en lære om at mellom ulike grupper av grunnlovsbestemmelser vil domstolskontrollens intensitet, eller om man vil, forekomsten av innblanding, variere. Dette viser seg i tilbøyeligheten til å ta hensyn til lovgivers vurderinger; noen ganger anser domstolene seg tilnærmet bundet til disse, mens de i andre tilfeller anser de det som nødvendig å foreta domstolskontrollen nærmest uavhengig av denne.

Som oppgaven vil vise, er imidlertid ikke denne tredelingen nødvendigvis så fast og ettertrykkelig oppfulgt av rettspraksis som dette kunne gi inntrykk av. Formålet er å undersøke hvordan Høyesteretts tredeling av grunnlovsbestemmelsene praktiseres, og å prøve å finne ut av hvorfor den praktiseres slik den gjør. Dette innebærer altså en rettskildevurdering av sammenhengen mellom domspremisser og resultat.

¹ Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, kap. VIII, s. 369: Carsten Smith, "Domstolene og rettsutviklingen", *Lov og rett* 1975 s. 292 flg. på s. 302

Denne problemstillingen skal jeg forsøke å finne svar på gjennom bruk av et normativt perspektiv, der jeg ser på Høyesteretts praksis slik den er og har vært med et kritisk øye, supplert med egne og rettsteoretiske betraktninger om hvordan tredelingen utøves og burde utøves. Metodisk blir oppgaven altså i stor grad en analyse av Høyesteretts dommer.

Det rettskildematerialet jeg bruker, er altså i all hovedsak rettspraksis fra Høyesterett. Først og fremst fordi det er her tredelingen utøves, og derfor er det nødvendig og også mest interessant å se hen til dette. Samtidig er læren om tredelingen et lite omdiskutert tema i det juridiske liv, slik at det ikke har vært altfor mye å hente fra øvrige rettskilder.

I den videre fremstilling vil jeg først foreta noen begrepsavklaringer. Deretter foretar jeg en kronologisk gjennomgang av sentral rettspraksis avgitt siden 1976, for å trekke ut kjerneuttalelser aktuelle for tredelingen og sammenholde disse med domsresultatene. Til slutt vil jeg foreta en normativ vurdering av domstolskontrollens intensitet, hvor jeg også ser på den demokratiske legitimitet bak domstolskontrollen, både generelt og intensiteten av den.

2 Noen begrepsavklaringer

2.1 "Domstolskontroll"

Et begrep som vil bli brukt mye i denne avhandlingen, er *domstolskontroll*. Avhandlingen dreier seg jo om innholdet av domstolskontrollen, nærmere bestemt intensiteten av den.

Domstolskontrollens forankring i norsk rett bygger på en langvarig og omfattende rettspraksis, antakelig nesten like lang som grunnlovens levetid², slik at den i dag er anerkjent som "sikker konstitusjonell sedvanerett"³. Det finnes to former for domstolskontroll i Norge; domstolskontroll med forvaltningen og domstolskontroll med den lovgivende makt. Det er i den sistnevnte betydning jeg i denne oppgaven benytter ordet, det

² Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2009, kap. VII, s. 312; "Vi kan derfor slå fast at grunnloven ble

³ Se eks. Rt. 1976 s. 1, s. 6

er ved denne form for kontroll forholdet mellom lov og grunnlov kommer på spissen. Domstolskontroll med lovgivningen innebærer at grunnloven anses som positiv rett. Det vil si at grunnlovens bestemmelser ikke bare betraktes som programerklæringer og grenser for lovgiver som de selv kontrollerer hvorvidt de holder seg innenfor (politiske ordensregler), men at bestemmelsene også betraktes som lovgivning med positivt innhold og følgelig juridisk argumentasjon på lik linje med annen lovgivning, som borgerne kan kreve prøvd for domstolene. Foreksempel dersom borgeren anser ytringsfriheten krenket gjennom en lov som har pålagt han straff for en ytring. Det domstolene gjør i den konkrete sak når de utøver slik kontroll, er å undersøke hvorvidt lovgiverne har holdt seg innenfor de grenser som grunnloven setter, ved å tolke grunnloven for å finne dens nærmere rekkevidde. Og som vi senere skal se i avhandlingen, er det ikke som utgangspunkt selve loven, men det resultat den har ledet til i et konkret tilfelle, som vurderes opp mot Grunnlovens grenser.

2.2 “Tilsidesettelse”

Kommer domstolene til at loven har ledet til et resultat som krysser Grunnlovens grense, foretar domstolen det som kalles *tilsidesettelse*. I norsk rett innebærer dette ikke at loven faller bort eller blir ugyldig, men at den ikke anvendes i det konkrete tilfelle mellom partene i saken.⁴ Isteden dømmer domstolene i samsvar med Grunnlovens løsning slik de tolker den.

Det som gjør temaet tilsidesettelse komplisert å beskrive og få oversikt over, er at domstolene ofte ikke uttrykkelig uttaler at det er dette som skjer. Ofte “pakkes det inn” at dette faktisk er resultatet, ved at de foretar en såkalt grunnlovskonform tolkning, som vil si at de velger å tolke loven på en bestemt måte slik at den kan sies å være i samsvar med Grunnloven, til tross for at en mer naturlig tolkning av loven tilsier grunnlovsstrid. Denne nyanseringen vil synliggjøres ved en gjennomgang av rettspraksis senere i avhandlingen. Det er imidlertid grunn til å nevne at hvorvidt det foretas en åpenlys “tilsidesettelse” av loven som grunnlovsstridig, eller man tolker bort det grunnlovsstridige ved lovens virkning, ikke har

⁴ Se Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret*, kap. 5, s. 75

noen praktisk betydning, annet enn at en åpenbar tilsidesettelse har en sterkere signaleffekt ovenfor lovgiver ved at det da uttrykkelig sies at loven ikke aksepteres. I begge tilfelle er resultatet det samme; loven anvendes ikke etter sin naturlige ordlyd.

2.3 Domstolskontroll med “lover”

Begrepet “lov” kan avgrenses på flere måter. Et sikkert utgangspunkt er at Grunnlovens bestemmelser er de formelt vedtatte rettslige normer med høyest trinnhøyde i vårt retts-system, mens lovene er av lavere trinnhøyde. En snever bruk av begrepet innebærer at med lov forstås “formell lov”, altså vedtak vedtatt etter Grl. § 75. I denne oppgave brukes begrepet i et videre perspektiv, hvor jeg tar utgangspunkt i Eivind Smiths forståelse av lov som alle rettslig bindende, offentlige vedtak som er bestemmende for rettigheter og plikter til de andre statsmaktene og/eller private personer.⁵ En annen sak er at det er først i de saker hvor det er konflikt mellom formell lov og Grunnlov at forholdet mellom lovgiver og Grunnlov kommer på spissen, fordi den delegerte lovgivningen er det ikke direkte den lovgivende makt ved Stortinget som står bak.

3 De sentrale dommene for tredelingen

3.1 Flertallenes betenkninger

3.1.1 Rt. 1976 s. 1

Rt. 1976 s. 1, også kjent som ”Kløftadommen”, var den første dommen hvor læren om tredelingen ble introdusert.

Saken som ble bringt fram for Høyesterett var en ekspropriasjonssak. Ni grunneiere gikk til sak på grunn av at de mente de var blitt tilkjent for lav erstatning, blant annet fordi erstatningen var blitt tilkjent på et rettsgrunnlag som var i strid med Grl. § 105. Grl. § 105 bestemmer at grunneier ved ekspropriasjon skal gis ”full erstatning”, som etter praksis før denne saken, var blitt tolket som et uttrykk for eiendommens omsetningsverdi. Staten men-

⁵ Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2009, kap. VI, s. 195

te på sin side at §§ 4 og 5 i lov nr 4. av 26. januar 1973 om erstatning ved ekspropriasjon av fast eiendom, ga dem anledning til å kun gi erstatning for bruksverdien av eiendommene.

Generelt om grunnlovsspørsmålet starter førstvoterende med å presisere at Høyesterett når spørsmålet melder seg, både har en rett og en plikt til å avgjøre om grunnloven er gått for nær. Og at dersom de finner at en lovs resultater strider med Grunnloven, må de bygge sine resultater på det som følger av Grunnloven. Videre følger han opp med å uttale at det dog finnes ulike oppfatninger av hvor mye som skal til for tilsidesettelse, og det er i denne forbindelse hans syn på tredelingen kommer fram.

Førstvoterende fremhever at terskelen for tilsidesettelse av en lov som grunnlovsstridig vil avhenge av hvilken grunnlovsbestemmelse det er snakk om. Bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige sikkerhet og frihet er de bestemmelser hvor terskelen vil være lavest, mens bestemmelser til vern om økonomiske rettigheter står i en mellomstilling, og endelig vil bestemmelser om de andre statsmakters kompetanse og innbyrdes arbeidsmåte være de grunnlovsbestemmelser med lavest gjennomslagskraft i tilfeller av uoverensstemmelse med en formell lov.

Når det gjelder domstolenes nærmere forhold til grunnlovsspørsmålet på de økonomiske rettigheters område, finner førstoterende det klart at Stortingets syn på lovens grunnlovsmessighet må spille en betydelig rolle når Høyesterett skal avgjøre grunnlovsmessigheten. Generelt må domstolene ”vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens”. Av dette følger for det første at Høyesterett i følge førstvoterende bør være forsiktige med å konstatere grunnlovsstrid dersom Stortinget klart og tydelig har vurdert lovens grunnlovsmessighet, eller dersom det er rimelig tvil rundt spørsmålet. For det andre innebærer det at domstolene må respektere at loven er gitt og de lovgiverpolitiske vurderinger som har vært grunnlag for dette, og at domstolene derfor bare kan prøve hvorvidt den aktuelle loven leder til et resultat som er grunnlovsstridig, ikke hvorvidt den er hensiktsmessig.

På den annen side minner førstvoterende om at dersom domstolskontrollen skal ha noen realitet, er domstolene pliktig til å velge den løsning som harmonerer med Grunnloven dersom det er hevet over ”rimelig tvil” at lovens resultat er grunnlovsstridig.⁶

Flertallet i Kløfta- dommen gir grunneierne medhold i at overskjønnet som fastsatte erstatningsnivået skal oppheves. Dette begrunnes ikke åpenlyst i grunnlovsstrid, men førstvoterende fremholder at ekspropriasjonserstatningsloven kun kan aksepteres som grunnlovsmessig dersom den tolkes på en bestemt måte, og ikke slik den var blitt tolket i tilfellet for de ni grunneierne.

3.1.2 Rt. 1996 s. 1415

”Borthen- dommen” gjaldt en trygdesak. Den ene part i saken, Stig Borthen, hadde i flere år mottatt alderspensjon med ektefelletillegg, men en lovendring medførte at tillegget bortfalt. På bakgrunn av dette hadde Borthen reist sak for Trygderetten og senere lagmannsretten, da et slikt bortfall fra hans side ble ansett for en virkning av loven som stred mot tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97, i og med at tillegget var blitt tilstått han før lovendringen. I lagmannsretten fikk Borthen medhold i at han fortsatt måtte være berettiget til ektefelletillegg i henhold til folketrygdlovens regler som gjaldt før endringsloven. Denne dom ble av Staten ved Rikstrygdeverket påanket og bragt inn for Høyesterett.

I utgangspunktet sier førstvoterende at det dreier seg om lovbestemte økonomiske ytelser som kan begrenses og falle bort på grunn av ny lovgivning uten hinder av Grl. § 97, blant annet også fordi en slik adgang er hjemlet i folketrygdloven § 18-11. Dog er pensjonsrettigheter i følge dommer Schei av en slik karakter at ”de må stå i en annen og sterkere stilling når det gjelder grunnlovsværn”⁷ enn det som følger av dette utgangspunktet. Det er til slike ytelser tilknyttet sterke hensyn til trygghet og forutberegnelighet. Generelt må disse

⁶ Rt. 1976 s. 1, s. 6 og 7.

⁷ Se Rt. 1996 s. 1415, s. 1426.

hensyn i avgjørelsen av grunnlovsspørsmålet likevel veies mot den ”betydelige frihet”⁸ lovgiver bør ha til å kunne foreta endringer i lovgivningen, særlig på dette lovområdet for å kunne kontrollere samfunnsøkonomien og velferdsstaten.

Når han går i gang med å fastlegge vurderingsnormen for hvor mye som skal til for tilside-
settelse, henviser førstvoterende til Ragnar Knoph, Rettslige standarder, hvor det sies at
tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 rammer tilfeller som innebærer et ”overgrep”. Løs-
ningen på hva som skal til for å karakterisere noe som et overgrep, altså hvor terskelen skal
gå, baseres i utgangspunktet på normen som ble trukket opp i Rt. 1976 s. 1. Dommer Schei
karakteriserer synet på domstolskontrollens intensitet basert på en sontring mellom de tre
ulike typer rettighetskategorier som ”grunnleggende riktig”. Til tross for at han anser den
grov, er han enig i at bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet og sik-
kerhet som generelt utgangspunkt bør ha et sterkere grunnlovsværn enn bestemmelser til
vern om økonomiske rettigheter.

På denne bagrunn, statuerer førstvoterende Schei at til tross for at det dreier seg om en type
økonomiske rettigheter som til en viss grad fortjener noe av det samme grunnlovsværn som
bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige sikkerhet og frihet, må det nevnte
hensyn til lovgivers handlefrihet være avgjørende. Til dette legger han også vekt på Grl. §
75 bokstav a og d, når han kommer til at løsningen på spørsmålet om eventuell grunnlovs-
strid på det foreliggende rettsfelt beror på om lovgivningen fører til ”kvalifiserte eller
åpenbare tilfeller av urimelighet og urettferdighet”.

Når det da kommer til det konkrete spørsmålet om grunnlovsstrid, konkluderer førstvote-
rende med at det ikke kan sies å foreligge noen krenkelse av tilbakevirkningsforbudet i Grl.
§ 97. Borthens posisjon og forventninger er ikke krenket på en slik åpenbar eller urimelig
måte at det er tilstrekkelig til å tilsidesette de tungtveiende hensyn som må gjelde i forhold
til lovgiver. Likhethensyn kommer også med tyngde inn i vurderinger som leder dommer

⁸ Se Rt. 1996 s. 1415, s. 1429

Schei til denne konklusjonen, da et annet resultat ville føre til oppfatninger om sterk urettferdighet dersom det skulle gjelde ulike regler for pensjonister avhengig av hvilket tidspunkt før og etter lovendringen pensjonen deres startet å løpe.

3.1.3 Rt. 1997 s. 1821

Den såkalte Kjuus- saken dreide seg om en straffesak, hvor en 70- årig gammel mann påanket en dom fra Oslo byrett direkte til Høyesterett. I byretten var han blitt straffedømt for overtredelse av strl. § 135a, for som leder i et politisk parti å ha distribuert et valgprogram som inneholdt blant annet krenkende utsagn overfor adoptivbarn (denne del av programmet domfellelsen gjaldt). For det tilfelle at Høyesterett skulle komme til at domfeltes handlinger skulle rammes av strl. § 135 a, hevdet forsvarer at lovbestemmelsen måtte gis en innskrenkende tolkning blant annet fordi Grl. § 100 om ytringsfrihet sto i strid med en slik løsning.

Saken reiser en rekke problemstillinger om strl. § 135as rekkevidde, blant annet om dens forhold til internasjonal rett, herunder EMK art. 10. På s. 1832 i dommen går førstvoterende inn på vurderingen av bestemmelsens forhold til Grunnloven. Utgangspunktet for vurderingen er at ytringer avgitt i politisk debatt, som saken gjelder, befinner seg i kjerneområdet for det Grl. § 100 er satt til å verne. Og til tross for at ytringsfriheten ikke skal gjelde ubetinget, tilsier nettopp det at man befinner seg i kjerneområdet for bestemmelsen at adgangen til å gripe inn i dens virkeområde gjennom formell lov er begrenset. Allerede dette syn gjenspeiler en aksept og videreføring av læren som ble introdusert i Rt. 1976 s. 1, ”Kløfta”-saken, samtidig som den presiserer synet på lovgiverviljens gjennomslagskraft som svekket når det er tale om det som i ”Kløfta” ble betegnet som bestemmelser til vern om ”enkeltmenneskets personlige sikkerhet og frihet”⁹. Dommer Gussgaard henviser til prinsippene trukket opp i ”Kløfta”- og ”Borthen”- sakene når hun tilføyer at eventuelle forutsetninger fra lovgivers side om lovens grunnlovsmessighet ikke kan tillegges særlig vekt, fordi man er på det området for denne type grunnlovsbestemmelser hvor ”domstolskontrollen vil være

⁹ Se Rt. 1976 s. 1, s. 6

særlig sterk”. Det dreier seg om en bestemmelse som gir uttrykk for en sivil rettighet, et vern av individets frihet, som nyter en vidtgående grunnlovsbeskyttelse.

Strl. § 135a er ikke i seg selv i strid med Grl. § 100, men må ”tolkes og anvendes med Grunnloven § 100 som bakgrunn og rettesnor”.¹⁰ Dette synet på den formelle lovs forhold til grunnloven er gjenkjennbart med det som kommer fram i ”Kløfta”- saken, hvor først-voterende ikke drøfter selve lovens grunnlovsmessighet, men dens resultater i det konkrete tilfelle, og man ser av resultatet at det kun er ekspropriasjonserstatningsloven tolket på en bestemt måte som godtas som grunnlovskonformt. Det er dog ikke identiske betenkninger om loven og grunnlovens forhold til hverandre, fordi grunnlovens rolle som bakgrunn og rettesnor ble forutsatt allerede ved vedtakelsen av strl. § 135a, og dermed var heller ikke loven vurdert spesielt med sikte på slike situasjoner som et slikt som var oppe i ”Kløfta”.

Ved spørsmålet om et konkret resultat av anvendelse av strl. § 135a er grunnlovsstridig, må det skje en avveining mellom hensynet til ytringsfriheten som ligger bak Grl. § 100 og de hensyn som tilsier at enkelte ytringer bør belegges med straff, i denne saken hensynet til de menneskegrupper som ble krenket i valgprogrammet og nødvendigheten av bekjempelse av rasisme.

Resultatet av denne avveiningen blir for førstvoterende dommer Gussgaard at utsagnene i partiprogrammet inneholder såpass sterke integritetskrenkelser og en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd, at Grl. § 100 ikke kan medføre at strl. § 135a skal tolkes strengere enn slik den var blitt tolket i byretten. Til tross for at det er tale om en kjernebestemmelse til vern om enkeltmenneskets frihet, har også Grunnlovens gjennomslagskraft her en grense.

¹⁰ Se Rt. 1997 s. 1821, s. 1832

3.1.4 Rt. 2004 s. 1737

I Rt. 2004 s. 1737, også kjent som ”TV-Vest”- dommen, var et tv- selskap ilagt et gebyr for å ha overtrådt kringkastingslovens § 3-1 tredje ledd, som nedlegger forbud mot kringkastning av reklame med politisk budskap. TV Vest hadde i løpet av en åtte- dagers periode sendt reklamefilmer for Rogaland pensjonistparti. Spørsmålet i saken som var opp for Høyesterett var om Grl. § 100 var til hinder for denne sanksjoneringen.

Grl. § 100 tredje punktum verner ytringer om statsstyrelsen og andre forhold i samfunnet. Utgangspunktet for grunnlovsvurderingen er for førstvoterende, slik som for førstvoterende i ”Kjuus”- saken, som dreide seg om den samme grunnlovsbestemmelse, en interesseavveining mellom hensynet til ytringsfriheten og de motstridende interesser man i det konkrete tilfellet ønsker å beskytte. Videre vil det som først nevnt i ”Kløfta”- saken ha betydning hvorvidt Stortinget har foretatt en slik interesseavveining og konkret vurdert lovens forhold til Grunnloven, dog slik at betydningen av lovgivers vurdering vil avhenge av hvilken type bestemmelse det er tale om. Og i forlengelse av dette henviser dommer Oftedal Broch til det som ble uttalt i ”Kjuus”- saken om den særlig sterke domstolskontroll som gjelder for bestemmelser til vern om individets frihet og sikkerhet, uavhengig av Stortingets syn på lovens grunnlovsmessighet.

Det som imidlertid skiller saken i Rt. 2004 s. 1737 fra ”Kjuus-saken”, er at det ikke dreier seg om et forbud mot ytringer på grunn av sitt innhold, tvistepunktet er grensene som er satt for politiske ytringer gjennom media. Og derfor mener førstvoterende at det er ”atskillig større grunn til å vektlegge lovgivers mening om grunnlovsmessigheten på dette området enn når det gjelder vernet om ytringers innhold”.¹¹ Man ser altså en større vektleggelse av lovgiversynspunktet enn i den tidligere dommen fra 1997. Det er et poeng at det er tale om to tilfeller hvor det foreliggende i følge flertallet ikke treffer ”kjernen” av grunnlovsbestemmelsen på samme måte slik det gjorde i ”Kjuus”.

¹¹ Se Rt. 2004 s. 1737, premiss 35

Det er likevel interessant å se at utgangspunktet om tredelingen slik den ble introdusert i “Kløfta”- dommen ikke er så fast som den kanskje den gang kunne virke. Inndelingen er “grov”, slik det ble nevnt i “Borthen”- saken, og det er rom for nyanser innenfor de ulike grupper av bestemmelser. Til tross for at Grunnloven som utgangspunkt har stor gjennomslagskraft på rettsområder som gjelder individets frihet og sikkerhet, avhenger det også tilsynelatende ut fra denne dommen av hvor nære “kjernen” av slike bestemmelser lovens resultat treffer. Jo lenger vekk fra kjernen, jo større rom for aksept av lovgivers vurdering.

I tillegg til dette synspunkt, vektlegger førstvoterende også det faktum at det i en rekke tidligere høyesterettsdommer, jf. Rt. 1976 s. 1 s. 6 og Rt. 1997 s. 1821 s. 1832-33, er uttalt at domstolenes oppgave ikke er å overprøve selve lovens hensiktsmessighet og den vurdering lovgiver har foretatt når de valgte å gjennomføre loven, kun dens resultat i det enkelte tilfelle. Domstolene bør “anse seg bundet av, de grunner Stortinget har anført for et lovvedtak”.¹² Poenget er at det er Stortinget som skal foreta den politiske vurderingen bak loven. Til forskjell fra vurderingen av lovens grunnlovsmessighet, som også er den Høyesterett skal foreta.

Førstvoterende legger på denne bakgrunn i sin konklusjon, som får tilslutning av alle dommere med unntak av én, avgjørende vekt på Stortingets vurdering av kringkastingsloven § 3-1 som et tjenlig middel for å styre den politiske debatt, og overensstemmende med Grl. § 100, og konkluderer med at loven ikke er grunnlovsstridig.

3.1.5 Rt. 2007 s. 1281

Beboerne ved Øvre Ullern Terrasse hadde i en årrekke fremfestet tomtene der gjennom festekontrakt med fremfester Selvaaghus AS, som senere overførte sin festerett til Mallin Eiendom AS. Mallin Eiendom AS ønsket å si opp kontrakten ved dens utløp i 2006, mens beboerne på sin side krevde forlengelse i medhold av tomtefesteloven § 33. I tingretten kom dommerne fram til at beboerne ikke hadde rett til å fortsette festet på samme vilkår

¹² Se Rt. 2004 s. 1737, premiss 36

som før, fordi dette ville være i strid med Grl. §§ 97 og 105. Det var således spørsmålet om anvendelsen av tomtefesteloven § 33 var grunnlovsstridig, sammenholdt med, slik Høyesterett anså det, Grl. § 97 (og ikke Grl. § 105¹³), som var opp for Høyesterett i dommen, som også er bedre kjent som ”Tomtefeste I”.

Dommer Matningsdal går inn på grunnlovsvurderingen i premiss 73. Her tar han som de gjennomgående gjør også i de ovennevnte dommer, utgangspunkt i det generelle innholdet i prøvingsretten. Først gjengis tredelingen slik den først ble introdusert i Rt. 1976 s. 1, og senere gjentatt i blant annet Rt. 1996 s. 1415. Læren om at de økonomiske rettigheter står i en mellomstilling hvor lovgivers grunnlovsvurdering vil ha større vekt enn overfor bestemmelser til vern om individets personlige frihet og sikkerhet, videreføres som ”sikker rettspraksis”.¹⁴ Førstvoterende går imidlertid noe nærmere inn på hva som vil ha betydning for vekten av de lovgivende vurderinger, i det han i premiss 76 utdyper at ”det må stilles et kvalitetskrav i den forstand at Stortingets standpunkt må være basert på et overveid syn, og at eventuelle misforståelser kan ha betydning for hvilken vekt Stortingets standpunkt kan tillegges.”

Både departementet og Stortinget hadde vurdert forholdet mellom tomtefestelovens § 33 og Grunnloven, og konkludert med at det ikke foreligger noen strid. Og førstvoterende finner ingen svakheter ved disse vurderinger, slik at det etter hans syn er all grunn til å vektlegge de i domstolenes egen grunnlovsvurdering.

Når det kommer til den konkrete grunnlovsvurderingen blir det som før førstvoterende i Rt. 1996 s. 1415, et spørsmål om en avveining av de involverte interesser og hensynene til beskyttelse av disse når det skal avgjøres hva som kan aksepteres i form av ”uegentlig tilbakevirkning”, altså inngrep i allerede etablerte rettigheter. Hensynet til festerne som har den formelle lov på sin side, avveies mot hensynet til bortfesterne som i utgangspunktet

¹³ Se Rt. 2007 s. 1821, premiss 90

¹⁴ Se Rt. 2007 s. 1821, premiss 75

skulle være vernet av Grl. § 97. Inn i denne vurderingen vektlegges det økonomiske aspekt, at det er festerne som har gjort den største økonomiske investering, og også hensynet til å verne om deres forutberegnelighet for vern om deres faktiske situasjon. Det har også betydning for førstvoterende at det er tale om et rettsområde preget av langsiktige avtaler hvor lovgiveraktiviteten har vært og bør være stor, slik at det for bortfesternes vedkommende burde være påregnelig at lovgiver kunne gripe inn for å regulere forholdet mellom partene. Man ser det samme syn på sterk vektleggelse av en nødvendighet for lovgivers frihet på det økonomiske rettsområde, som kom fram i Rt. 1996 s. 1415. Og disse forhold tatt i betraktning, gjør at førstvoterende konkluderer med at festernes rett til å videreføre kontrakten på samme vilkår som før med hjemmel i tomtefesteloven § 33, ikke er uakseptabelt på den måten at loven må settes til side som grunnlovsstridig. En konklusjon som tilsluttes av samtlige dommere i saken.

3.1.6 Rt. 2010 s. 143

Rederibeskatnings- dommen omhandlet også økonomiske rettigheter. Etter en ordning som var etablert i 1996, var rederivirksomhet fritatt for skatt, dog slik at den uskattede inntekt ble skattlagt på tidspunkt for utdeling eller når rederiet gikk ut av ordningen. I 2007 kom en ny ordning hvor inntektene ubetinget ble gjort skattefri, likevel med det forbehold at de som hadde vært en del av 1996- ordningen måtte skattlegges for den latente skatten på de uskattede midler før denne nyordningen ble vedtatt. Spørsmålet som i denne forbindelse var opp for Høyesterett var hvorvidt denne siden ved nyordningen var en grunnlovsstridig tilbakevirkning etter Grl. § 97.

Etter 1996- ordningen tilrettela reglene det slik at rederiene i all hovedsak selv kunne bestemme når de skulle skattlegges, ved at de kunne utsette utbyttet. Dette ble ikke lenger mulig når den nye ordningen ble innført i 2007.

Når det gjelder intensiteten av domstolskontrollen, legger førstvoterende tredelingen Kløfta- dommen introduserte til grunn. Samtidig gjentar han det som ble sagt i Borthen- saken om økonomiske rettigheter, at til tross for at de etter Kløfta- prinsippene står i en

mellomstilling, er inndelingen mellom de tre typer rettigheter grov og det vil være ulike nyanser innenfor den enkelte gruppe.¹⁵

Slik som det også var i “Borthen” og “Tomtefeste I”, er det i denne saken avgjørende å fastlegge en norm etter Grl. § 97 for hva som skal godtas av tilbakevirkning, for så å undersøke hvorvidt denne normen er overtrådt eller ikke ved den formelle loven. Slik førstvoterende understreker etter å ha gjennomgått tidligere rettspraksis på rettsområdet, “Spørsmålet om ei lov som knytter verknader til tidlegare hendingar eller grip inn i etablerte rettsposisjonar, er i strid med Grunnlova § 97, er avhengig av kor sterkt tilbakeverknads-elementet er”.

Slik som i Borthen- saken vektlegges det faktum at lovgiver på et slikt økonomisk rettsområde som dette må ha stor handlefrihet, særlig av hensyn til hva som til enhver tid måtte anses som samfunnsmessig hensiktsfullt for å sikre det økonomiske landskap. Men dette gjelder “framover i tid. Når det gjeld inntekter som er opptente tidlegare år, verkar Grunnlova § 97 som ein skranke”.¹⁶ Det sentrale for førstvoterende er i dette henseende Stortingets vurdering av 1996- ordningen som en god løsning for å bidra til rederi- næringens vekst, og aktørenes innrettelse etter denne ordningen. Den aktuelle virkningen av endringen som kom i 2007 innebar et inngrep i rederiaktørenes etablerte posisjoner.

Førstvoterende finner det, som i den tidligere ovennevnte rettspraksis, ikke riktig å gå inn på hvorvidt lovgiver burde ha vurdert andre alternativer enn den ordningen som ble gjennomført i 2007. Saken må baseres på det regelverk som foreligger, jf. også blant annet Rt. 1976 s. 1, s. 6. Når det gjelder den vurdering som lovgiver faktisk har foretatt, og hvordan den skal vektlegges, ser man noe av det samme syn som kommer fram i “Tomtefeste I”.¹⁷ Det stilles et kvalitetskrav til lovgivers vurdering, dersom den skal kunne avgrense dom-

¹⁵ Se Rt. 2010 s. 143, premiss 138

¹⁶ Se Rt. 2010 s. 143, premiss 166

¹⁷ Se Rt. 2007 s. 1281, premiss 76

stolskontrollen i tvilstilfelle. Et krav som for førstvoterende innebærer at Stortinget må ha lagt til grunn et relevant prøvingstema hvor de har vurdert alle vesentlige konsekvenser av en lov. Og ved innføringen av overgangsreglene i 2007 bygde lovgiver på en annen “norm for grunnlovsprøving” enn den førstvoterende anser for riktig, slik at han ikke finner å kunne vektlegge Stortingets vurdering av grunnlovsmessigheten. Stortinget anvendte Borthen- dommens norm “klart urimelig eller urettferdig”, mens førstvoterende mener man bør vurdere tilbakevirkningen ikke etter “standard”-læren, men ut fra en bredere helhetsvurdering av hvor sterke samfunnsmessige hensyn som tilsier tilbakevirkning. Man kan se uttalelsen i “Tomtefeste I”; “eventuelle misforståelser (*fra lovgivers hånd: min tilføyning*) kan ha betydning for hvilken vekt Stortingets standpunkt kan tillegges.”, utøvet i praksis.

Fra lovgivers hånd er det sett slik at ulempen ved tilbakevirkningen for rederiene, oppveies av fordelene ved 2007- ordningen. Førstvoterende er ikke enig at tilbakevirkning kan vurderes på en slik måte hvor man ser på totalvirkningene av en lov, tilbakevirkningen vurderes isolert uten at mulige fremtidige fordeler tas i betraktning. Noe som leder han til resultatet om at tilbakevirkningen er så tyngende at den anses som grunnlovsstridig. Et syn som deles av flertallet av dommerne i saken.

3.2 Hva sier mindretallene?

Syv av dommerne representerer mindretallet i Kløfta- saken, med dommer Bølviken i spissen. Når lovgiver har vurdert grunnlovsmessigheten, skal det ifølge dommer Bølviken “meget til” for at domstolene skal kunne sette sin vurdering over lovgiverens. Særlig fordi man i denne saken står overfor en økonomisk rettighet, hvor domstolene bør være mer tilbakeholdne enn hvor det eksempelvis dreier seg om “grunnlovsbestemmelser som verner den personlige integritet”.¹⁸ Hun er altså tilsynelatende enig med førstvoterende om den varierende intensitet i domstolskontrollen i forhold til hvilke bestemmelser det er tale om.

¹⁸ Se Rt. 1976 s. 1, s. 23

Det som imidlertid gjør at dommer Bølviken kommer til at ekspropriasjonserstatningens størrelse ikke er grunnlovsstridig, er at hun vektlegger den tidligere rettspraksis vedrørende erstatningsutmåling (som tilsier erstatning for omsetningsverdi) mindre, enn det førstvoterende gjør. Hun forholder seg noe mindre fritt i sin tolkning av loven. Isteden legger hun større vekt på Stortingets syn på grunnlovsmessigheten. Derfor, sammenholdt med at det er tale om en økonomisk rettighet, er det for hun åpenbart at lovgivers frihet til å gi en ny lov for regulering av erstatningsnivået, må respekteres, når de har vurdert dette som hensiktsmessig og akseptabelt i forhold til Grunnloven.

I Borthen- dommen var det ingen dissens. Men, annenvoterende kom frem til resultatet med en annen begrunnelse, en begrunnelse som også fem av de andre dommerne sluttet seg til. Også annenvoterende mener at ettersom det i saken dreier seg om lovbestemte økonomiske ytelser, har lovgiver adgang til å innskrenke eller utvide disse rettighetene etter en vurdering de står fritt til å foreta uten innblanding fra domstolene. Og dette er for han tilstrekkelig til å avskjære adgangen til å i det hele foreta en vurdering etter Grl. § 97. Det hensyn til forutberegnelighet som påhviler rettigheter som før lovendringen var blitt innrømmet, kan ikke etter hans syn være tungtveiende, ettersom det er tale om lovbestemte rettigheter som ikke bygger på noe annet rettslig grunnlag i tillegg til folketrygdloven. Pensjonistenes krav på tilleggspensjon vil til enhver tid avhenge av loven selv. Annerledes ville det være eksempelvis med rettigheter etter pensjonskasseloven, som man får ved å ta ansettelse i statens tjeneste. Og vurderingen av hva som er en ”klart urimelig eller urettferdig” endring av loven og følgelig en eventuell tilbakevirkning, jf. førstvoterende, må det være opp til lovgiver å foreta. Domstolene ville i motsatt fall stå overfor den samme politiske avveining som den lovgiver har foretatt i forbindelse med en overprøving, og det ville i følge annenvoterende skape en rettstilstand som ”ikke bare kunne skape usikkerhet om hvor fritt lovgiver her står, men også kunne gi pensjonistene uberettigede forventninger om å vinne frem ved domstolene”.¹⁹

¹⁹ Se Rt. 1996 s. 1415, s. 1437

Interessant er det også at annenvoterende på slutten av sin begrunnelse tilføyer at hans syn på pensjonsrettighetenes manglende grunnlovsværn, har å gjøre med grunnlovsværnets fragmentariske karakter; “Grunnloven gir ikke et sammenhengende system til vern om individet mot overgrep fra statsmakten”. Dette vil jeg komme tilbake til senere.

Dommer Lund kom i Kjuus- saken til et annet resultat enn førstvoterende, og representerte mindretallet som besto av fem av dommerne. Dette nettopp fordi han vektlegger Grunnlovens bestemmelse annerledes enn hva førstvoterende gjorde. Det dreier seg om eventuell sanksjonering av politiske ytringer, som nettopp er kjerneområdet for Grl. § 100, og det er for han “vesentlig” at i avveiningen mellom ytringsfriheten på den ene side og de samfunnsinteresser som ønskes vernet gjennom straffebudet på den andre, er ytringsfriheten vernet gjennom Grunnloven på en høyere trinnhøyde enn straffebestemmelsen.²⁰ Videre mener han at hensynet til ytringsfriheten måtte tillegges vekt ved tolkningen av strl. § 135a uavhengig av om det var en egen Grunnlovsbestemmelse til vern om den, på grunn av vår demokratiske styreform. Og nettopp på grunn av dette må ytringsfriheten ha enda større gjennomslagskraft enn hva førstvoterende gir uttrykk for, ettersom Grl. § 100 uttrykkelig verner om politiske ytringer, jf. “Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen”. Den politiske ytringsfrihet har en såpass sterk forankring, at den må være utslagsgivende i forhold til de motstridende interesser som søkes vernet. Et annet resultat ville være et “inngrep i demokratiets virkemåte”.²¹

Det er også grunn til å merke seg at annenvoterende bemerker at lovgiver ved vedtakelsen av strl. § 135a så godt som unnlot å drøfte bestemmelsens forhold til Grunnloven. Lovgivers manglende drøftelse berodde jo på den grunnleggende forutsetning bak straffebudet at det skulle anvendes i lys av Grl. § 100. Det kan også synes som han går inn på en liten vurdering av hensiktsmessigheten bak loven selv, noe som er bemerkelsesverdig i forhold til hva flertallet av dommerne i de fleste sakene som ovenfor er gjennomgått gjør, nemlig å

²⁰ Se Rt. 1997 s. 1821, s. 1836

²¹ Se Rt. 1997 s. 1821, s. 1837

avstå fra dette og overlate det til lovgiver. I følge han kan det i vurderingen av Grunnlovens gjennomslagskraft overfor loven “ikke være uten betydning hvor nødvendig eller hensiktsmessig det er å beskjære ytringsfriheten ved anvendelse av straff i tilfeller som det foreliggende”.²² Dette på grunn av at Høyesterett på et slikt kjerneområde for en grunnlovsbestemmelse er nødt til å påse at dens gjennomslagskraft er “betydelig”.

I TV- Vest- saken var det kun en dommer som dissenserte; dommer Skoghøy. Han fant ikke grunn til å gå inn på noen grunnlovsvurdering av kringkastingsloven, da han baserte sitt resultat på kringkastingsloven som stridende mot EMK. Jeg vil derfor heller ikke gå nærmere inn på dette votum, ettersom det ikke ble uttalt noe av interesse for grunnlovsspørsmålet og da ei heller tredelingen.

Dommer Matningsdal representerer sammen med fem andre dommere mindretallet i Rederibeskatningssaken. Han baserer i likhet med førstvoterende og de foregående dommer, grunnlovsspørsmålet på tredelingen som Kløfta- dommen introduserte.

Etter å ha konstatert at den endring nyordningen medførte for rederiene (det mulige grunnlovsstridige resultat endringsloven i saken har ført til) faller inn under kategorien uegentlig tilbakevirkning, (altså at det er tale om inngrep i deres etablerte rettslige posisjoner), uttaler annenvoterende etter en gjennomgang av relevant rettspraksis at normen for grunnlovsvurderingen etter § 97 er hvorvidt tilbakevirkningen er ”klart urimelig eller urettferdig”.²³ Blant annet støtter uttalelsene i Rt. 1996 s. 1415, ”Borthen”, opp om dette utgangspunkt. I forlengelse av dette utgangspunkt presiserer han at denne normen sier noe om hvor stort spillerom lovgiver skal ha i forhold til Grl., og med andre ord hvordan intensiteten i domstolskontrollen reduseres til dette.

²² Se Rt. 1997 s. 1821, s. 1839

²³ Se Rt. 2010 s. 143, premiss 209

At inntektene før nyordningen ikke var endelig fritatt for skatt, og at rederiene ikke hadde noen berettiget forventning om å være skattefri i 2007 uten å måtte ta en ordning slik som den nye på kjøpet, er for annenvoterende avgjørende i rimelighetsvurderingen. Derneft er Stortingets vurdering av nyordningen som grunnlovsmessig av stor betydning for resultatet. Det kvalitetskrav til lovgivers vurdering som ble oppstilt i Rt. 2007 s. 1281²⁴ og senere gjentatt i annen rettspraksis, er for dommer Matningsdal, i motsetning til førstvoterende, oppfylt. Det foreligger slik han ser det ingen misforståelse ”av betydning” fra lovgivers hånd, og vurderingen anses ”særdeles grundig og relevant”, slik at den gis avgjørende vekt ved siden av hans egen vurdering av tilbakevirkningen som verken ”klart urimelig eller urettferdig”.²⁵

4 Tredeilingens utvikling – en oppsummering av kjerneuttalelsene

Læren om tredeilingen av grunnlovsvernet introduseres i Kløfta- dommen. Det skilles mellom bestemmelser til vern om den personlige frihet og sikkerhet, økonomiske rettigheter og bestemmelser om statsmaktenes innbyrdes arbeidsmåte og kompetanse. For de økonomiske rettigheter, som er det sentrale i den saken, sies at lovgiverens vurdering spiller en ”betydelig rolle” i vurderingen av en lovs grunnlovsmessighet. I dette ligger at domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens, hvor det er rimelig tvil hvorvidt det foreligger grunnlovsstrid, og hvor Stortinget ”klart” har vurdert lovens forhold til Grunnloven.

Borthen- dommen viderefører læren om tredeilingen fra Kløfta- dommen som ”grunnleggende riktig”, dog også som grov. Det åpnes, i et obiter dictum, for at innenfor gruppen ”økonomiske rettigheter” kan det finnes typer som noenlunde kan fortjene et vern mer tilnærmet de til vern om enkeltmenneskets personlige sikkerhet og frihet.²⁶ Dette hevdes

²⁴ Se Rt. 2007 s. 1281, premiss 76

²⁵ Se Rt. 2010 s. 143, premiss 268

²⁶ Se Rt. 1996 s. 1415, s. 1430

blant annet med støtte fra folkeretten, hvor tendensen har gått i retning av et sterkere vern for fundamentale individuelle rettigheter. Til tross for at dette er et obiter dictum, kan det synes som en føring fra Høyesterett om at hensynet til borgerne bør ha en sterkere tyngde i vurderinger av forholdet mellom lov og Grunnlov, der Grunnloven representerer borgernes minimumsvern av de fundamentale rettigheter.

Når det gjelder de nærmere generelle uttalelser om de økonomiske rettigheter, fremholdes det i Borthen- dommen at hensynet til lovgivers handlefrihet ikke vil kunne tre i bakgrunnen, slik de etter Kløfta- dommens lære skal gjøre på området for bestemmelsene om den personlige frihet og sikkerhet.

I Kjuus- saken henvises til prinsippene om tredelingen som ble trukket opp i Kløfta- og Borthen- dommen, når det sies at eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten vanskelig kan tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet, fordi en befinner seg i kjerneområdet for bestemmelsene til vern om den personlige frihet og sikkerhet. I motsetning til hva som tidligere er sagt om lovgivers handlefrihet på det økonomiske området, uttales i Kjuus- dommen at lovgiver har en ”viss” adgang til å gjøre begrensninger på området for den personlige frihet og sikkerhet. Og er man i kjerneområdet for slike typer bestemmelser, slik som i denne saken politisk ytringsfrihet, er adgangen til å beskjære ”meget begrenset”.

I TV- Vest- dommen gjentas det som om tredelingen og grunnlovens gjennomslagskraft avhengig av grunnlovsbestemmelse, ble uttalt i Kløfta- dommen. Det sies, i tråd med den tidligere rettspraksis, at lovgivers vurdering har betydning alt etter hvilken type bestemmelse det er tale om. På grunn av at man i denne sak befinner seg utenfor ”kjernen” av en bestemmelse til vern om individets personlige sikkerhet og frihet, er det ”atskillig større grunn” til å vektlegge lovgivers mening.²⁷ Man ser altså nyanser også på området for frihet og sikkerhet, slik som dommene innenfor de økonomiske rettigheter viser.

²⁷ Se Rt. 2004 s. 1737, premiss 35

I Tomtefeste I- dommen gjentas tredelingen med det innhold den ble gitt i Kløfta- og Borthen- dommen. Det videreføres som ”sikker rettspraksis” at domstolene må være mer tilbakeholdne med å tilsidesette lovgivers vurderinger på de økonomiske rettigheters område, samtidig som man gjentar presiseringen om at også her er grunnlovsvernet en realitet. Synet på lovgivers vurdering utvikles ved at det oppstilles et kvalitetskrav til den vurdering lovgiver har foretatt, som innebærer at Stortingets standpunkt må være basert på et overveid syn, og eventuelle misforståelser kan ha betydning for vekten.

I ”Rederibeskatnings- dommen” henvises til at Kløfta- dommen, og senere Borthen- og Tomtefeste I- saken, har lagt til grunn en tredeling av omfanget av prøvingsretten, og at saken etter denne oppdelingen står i en mellomstilling fordi det er tale om økonomiske rettigheter. Samtidig presiseres også det som ble uttalt i Borthen- saken om at tredelingen er ”grov”, og innenfor hver enkelt rettighetsgruppe vil det være rettigheter av svært ulik karakter. Flertallet viderefører også kvalitetskravet til lovgivervurderingen som Tomtefeste I- dommen introduserte, ved å legge til grunn at lovgiver må ha forelagt seg et relevant prøvingstema og ha hatt oppmerksomhet for alle vesentlige konsekvenser av loven, for at den skal kunne gis betydning i Høyesteretts vurdering.

Skal man forsøke å oppsummere en utvikling, ser man for det første at læren om tredelingen fortsatt har rotfeste på det ”generelle plan” hos Høyesterett. I alle de nevnte dommer er tredelingen gjentatt, temmelig uforandret, enten den er direkte henvist til slik førstvoterende i Kløfta- saken introduserte den, eller dommerne med egne ord gjentar den og tar utgangspunkt i den for sin vurdering alt etter hvilken bestemmelse de står ovenfor. Det som tilføyes av nye tilskudd til læren om tredelingen, er presiseringer av den i form av uttalelser om at grupperingen av rettighetsbestemmelsene er grov og at det derfor kan være rettigheter, særlig innenfor den økonomiske rettighetsgruppe, som kan fortjene vern mer tilnærmet rettighetene til vern om den personlige sikkerhet og frihet. Samt er introduksjonen av et kvalitetskrav til lovgivervurderingen av grunnlovsmessigheten en form for presisering av

læren. Det som imidlertid gjenstår å se er hvorvidt læren om tredelingen fortsatt kan sies å eksistere i Høyesterett i det ”praktiske liv”.

5 Sammenhengen mellom premiss og resultat

Jeg ser det hensiktsmessig å se på sammenhengen mellom domspremisser og resultat i relasjon til de ulike tilfeller hvor elementet av ”konflikt” mellom Høyesterett og Stortinget viser seg i ulik grad. I de ulike tilfeller vil Høyesterett etter læren om tredelingen bete seg ulikt i sin tolkning av grunnloven og i relasjonen til lovgiver.

5.1 Når grunnlovsspørsmålet kommer på ”spissen”

Spørsmålet om en lov er grunnlovsmessig, kommer på spissen når Stortinget klart har vurdert lovens forhold til grunnloven. Det er da dersom Høyesterett kommer til en annen grunnlovsforståelse, at elementet av konflikt mellom lovgiver og domstol er størst. Da skal det som generelt utgangspunkt mer til for tilsidesettelse, fordi Høyesterett som utgangspunkt skal være varsomme med å sette sin vurdering over lovgiverens.

5.1.1 De økonomiske rettigheter

På de økonomiske rettigheters område har altså Høyesterett gjentagende uttalt at de vil vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid dersom Stortinget klart og tydelig har vurdert lovens grunnlovsmessighet, og denne lovgivervurderingen oppfyller det oppstilte kvalitetskrav. Ikke alle dommene avsagt i Høyesterett eksemplifiserer dette.

I Rt. 2010 s. 143, Rederibeskatnings- dommen, videreføres tredelingen med det samme innhold som fortidig rettspraksis. Det er i denne saken snakk om sterk tilbakevirkning, som går langt tilbake i tid og det er snakk om store pengemessige beløp som påvirkes for de direkte berørte. Dette gjør at man rimelig kan se argumenter for tilsidesettelse av loven. Samtidig kommer også hensynet til lovgivers frihet i relasjon til statsfinansielle oppgaver, som ble fremhevet blant annet i Borthen- saken, inn med tyngde, slik at et resultat av tilsidesettelse absolutt ikke er selvsagt. Særlig også ettersom det nettopp her er tale om et tilfelle hvor Høyesterett har sagt at de vil være varsomme med å sette sin vurdering over lovgiverens.

Lovens forhold til grunnloven er av lovgiver klart og tydelig vurdert. Likevel finner ikke flertallet å kunne legge vekt på lovgiverviljen, fordi den var foretatt ut fra et annet prøvingsgrunnlag enn det flertallet finner riktig. Med dette følges ikke strengt de tidligere uttalelser i rettspraksis om lovgivers frihet og domstolenes tilbakeholdenhet på det økonomiske området, slik også flertallet legger til grunn i sitt votum. Dette er noe betenkelig, særlig når lovens resultat, slik også lovgiver har vurdert det, kanskje ikke er så urimelig. Når nyordningen vil føre til en gunstigere situasjon og endelig skattefritak, så er de motstridende interesser mot de samfunnsmessige som godkjenner tilbakevirkning ikke åpenbart sterkere.

Det er imidlertid verdt å huske på at det var sterk dissens i Rederibeskatningsdommen. Mindretallet vurderte innføringen av den nye skatteordningen som en uegentlig tilbakevirkning, i likhet med Stortinget, slik at de fant det ikke nødvendig å sette seg ut over lovgivers vurdering. Man kan altså se det slik at dommernes resultat, og forhold til uttalelsene i domspremissene om tredelingen, er like mye politisk som rettslig preget. I retning av dette har også høyesterettsjustitarius Tore Schei argumentert, i sin artikkel ”Har Høyesterett en politisk funksjon?”:

”...uten at jeg skal analysere avgjørelsesgrunnlagene, er det også klart at det ligger politiske elementer her. Disse blir selvsagt ikke mindre ved at man i argumentasjonen hos flertallet i Høyesterett både i rederibeskatningsdommen og i dommen om Opplysningsvesenets fond i atskillig grad gjenfinder argumenter som mindretallet i Stortinget viste til som grunnlag for sin stemmegivning og omvendt – at mindretallet i Høyesterett i atskillig grad argumenterte som flertallet i Stortinget.”²⁸

Dette gjør det nødvendig også å nevne en annen dom aktuell for det økonomiske grunnlovsvern, som hittil ikke er nevnt i avhandlingen. Den er kjent som OVF- dommen²⁹, og ble avsagt i 2010, samme år som Rederibeskatningsdommen. Spørsmålet i saken var om

²⁸ Se Tore Schei, *Har Høyesterett en politisk funksjon?*, s. 332

²⁹ Se Rt. 2010 s. 535

det var i strid med Grl. § 106 å gjøre gjeldende en instruks ovenfor festetomter eid av Opplysningsvesenets fond, som innebar at festerne ble gitt gunstigere vilkår for innløsning og regulering av festeavgift enn det som fulgte av tomtefesteloven.

Flertallet, representert ved førstvoterende dommer Støle, viser om innholdet i prøvingsretten til Kløftasakens tredeling, og at denne er fastholdt i senere rettspraksis, blant annet i Tomtefeste I. Ettersom det etter deres syn dreier seg om økonomiske rettigheter, skal lovgivers syn slik det ble uttrykt i Kløfta- dommen følges i tvilstilfelle om hvorvidt loven er grunnlovsstridig. Og slik de ser det foreligger det ikke slik “kvalifisert tvil” om grunnlovsforståelsen at “Stortingets syn kan være avgjørende”. De står ovenfor et slikt tilfelle som ble nevnt også i Kløfta- dommen, hvor grunnlovsstriden er hevet over rimelig tvil, og prøvelsesretten må benyttes dersom den skal ha noen realitet.

Samtidig ga jo også Kløfta- dommen slik jeg leser den i tilknytning til disse uttalelser uttrykk for at dette nærmest burde være unntakstilfelle, fordi domstolene ved sin prøvelse skulle være varsomme og lovgivers syn på grunnlovsspørsmålet gjennomgående skulle ha stor betydning, slik at grunnlovsstriden burde være hevet over enhver tvil dersom domstolene skulle se bort fra lovgivers mening. Og jeg er ikke sikker på om jeg er helt enig med førstvoterende at det er så åpenbart at det ikke foreligger slik tvil at lovgivers synspunkter ikke burde spilt en litt større rolle i avgjørelsen. Grl. § 106 er i likhet med mange av de øvrige grunnlovsbestemmelser utformet langt tilbake i tid, og så langt dens formål ivaretas til et visst minimum, må det videre kunne varieres med samtiden hvilke krav som skal innfortolkes. OVF dekker kun en mindre del av kirkeutgiftene, hovedsakelig er det nåværende en statlig oppgave, og det er ikke helt klart hvor langt grunnlovsvernet skal gå i å beskytte dets midler.

Slik sett harmonerer mindretallets votum bedre med de generelle uttalelser om tredelingen. De er på sin side enig med flertallet i at grunnlovsvernet etter Grl. § 106 faller inn under kategorien økonomiske rettigheter. Samtidig tolker mindretallet grunnlovsbestemmelsen annerledes, da de ikke finner å kunne infortolke noe strengere krav til forvaltningen av

fondets verdier enn at den må være forsvarlig. Dette, sammenholdt med at de anser bestemmelsen liggende så nær kategorien statsmaktenes arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse på grunn av at det hovedsakelig er statens og kommunenes oppgave å ivareta de formål som ligger bak Grl. § 106, gjør at mindretallet finner større grunn til å vektlegge regjeringens handlefrihet ved vedtakelsen av instruksen samt også lovgivers syn på grunnlovsspørsmålet. Slik at den grundige vurdering foretatt av lovgiver av den aktuelle tomtefesteinstruks grunnlovsmessighet for dem får avgjørende betydning, og leder dem til å votere for å ikke tilsidesette instruksen som grunnlovsstridig.

5.1.2 Bestemmelsene til vern om den personlige frihet og sikkerhet

Når det kommer til grunnlovsvernet av den personlige frihet og sikkerhet, skal grunnlovens gjennomslagskraft altså etter læren om tredelingen være størst. Domstolskontrollen skal her være ”særlig sterk”, og lovgivers adgang til å beskjære rettighetene er ”meget begrenset”, jf. Kjuus.

Det ble avsagt en ny dom på rettsområdet i 2010, kjent som Krigsforbrytersaken³⁰, hvor flertallets resultat gjenspeiler disse utgangspunkt. Spørsmålet i saken var hvorvidt det var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 å gjøre gjeldende de nye bestemmelsene i straffeloven 2005 overfor handlinger som var begått i 1992. Førstvoterende dommer Møse, som tilhørte flertallet, argumenterer innledningsvis for at det må gjelde en streng norm for tilbakevirkningen ettersom man befinner seg på strafferettens område. Og i forlengelse av dette henviser han til tredelingen som ble foretatt i Kløfta- dommen, og senere gjentatt i Borthen-, Tomtefeste I-, Rederibeskatnings- og OVF- dommen, og at grunnlovens gjennomslagskraft på bakgrunn av denne vil være størst når det er tale om bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet og sikkerhet. Videre anlegger han det samme synspunkt til grunn som ble anlagt i Kjuus- dommen fordi man befant seg i kjerneområdet til slike bestemmelser, at domstolskontrollen må være særlig sterk og forutsetninger fra

³⁰ Se Rt. 2010 s. 1445

lovgiver om grunnlovsmessigheten ikke kan innskrenke grunnlovsvernet. Avslutningsvis sies generelt at det påhviler domstolene å foreta en “inngående prøvning av grunnlovsmessigheten” på strafferettens område.

Lovgiver hadde i saken foretatt en grundig vurdering av lovens forhold til grunnloven, og konkludert med at den var grunnlovsmessig kort sagt fordi den ikke kunne føre til strengere straff for tiltalte enn hva den gamle lovgivning ville gjøre, og tilbakevirkningen måtte godtas ettersom den da ikke var til ugunst for tiltalte. Flertallet vurderte det imidlertid annerledes, da de uansett anså det klart mer belastende for tiltalte å skulle bli dømt etter de nye bestemmelsene som med sin ordlyd og karakteristikk ga uttrykk for en større grad av straffverdighet og sosial fordømmelse. På bakgrunn av dette ble anvendelsen av bestemmelsen ansett som grunnlovsstridig.

5.2 Hvor det er ”rimelig tvil” om grunnlovsspørsmålet

5.2.1 De økonomiske rettigheter

I tilfeller hvor det er ”rimelig tvil” ved hvorvidt en lov er grunnlovsstridig, skal Høyesterett etter læren om tredelingen vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid, og være varsomme med å tilsidesette lovgivers vurdering. Samtidig anser Høyesterett det som sin plikt å velge den løsning som harmonerer med grunnloven dersom dette er hevet over ”rimelig tvil”, jf. Kløfta.

Kløfta- dommen omhandler forholdet mellom en ordknapp grunnlovsbestemmelse som er forsøkt utfyllt gjennom en formell lov, på et samfunnsområde hvor en frihet for lovgiver til å gi nærmere reguleringer er avgjørende. Dette, kombinert med bakgrunnen for ekspropriasjonerstatningsloven som slik annenvoterende uttalte det var ”et komplisert velferds- og reguleringssamfunn”, gjorde at løsningen av eksakt hvordan grunnlovens grenser skulle trekkes ikke var åpenbar. Både for lovgiver og Høyesterett, innebar grunnlovsspørsmålet her en viss grad av tvil, selv om lovgiver hadde foretatt en forstandig vurdering av ekspropriasjonerstatningsloven som grunnlovsmessig.

Etter dette skulle man da altså anta at dommerne ville forholde seg nokså varsomt i sin grunnlovsvurdering. Flertallets resultat bærer dog preg av at han ikke forholder seg så strengt til lovgiverens vurdering som disse utgangspunkter skulle tilsi. Et argument for førstvoterende er at lovteksten ikke er ”klar”, og på grunn av dette må domstolenes adgang til å anvende grunnloven som tolkningsprinsipp være friere.³¹ Og på denne bakgrunn avviser han det resultat loven i det aktuelle tilfelle har fått, med den begrunnelse at loven kun kan aksepteres med grunnloven som bakgrunn dersom den tolkes på en bestemt måte. Han går ikke særlig inn på lovgivers vurdering av grunnlovsmessigheten.

På den annen side forholder annenvoterende og mindretallet seg noe mindre fritt i sin tolkning av grunnloven. Ser man eksempelvis på førstvoterendes votum, side 15, fjerde avsnitt, tolker han ekspropriasjonserstatningslovens ordlyd slik at den er i samsvar med Grl. § 105 sin ordlyd i dens strenge forstand, når han sier at den antas å inneholde en regel om erstatning for ”full verdi”. Annenvoterende argumenterer derimot på side 28, siste avsnitt, for at regelen kun gir en adgang for et slikt erstatningsnivå, og vektlegger videre lovgivers frihet til å nærmere bestemme hvordan denne adgangen skal benyttes i større grad enn hva flertallet gjør. Dette viser en ulikhet i hvordan dommerne praktiserer utgangspunktene for tredelingen av grunnlovsvernet. Spørsmålet om hvordan dette kan skje, kan i første omgang bare besvares med at førstvoterende og flertallet i denne saken, sier én ting om ”læren”, men gjør noe annet i praksis.

Også dommerne i Borthen- saken gir uttrykk for en enighet om tilbakeholdenhet fra Høyesteretts side på det økonomiske området, til fordel for lovgiver. I tråd med dette, argumenterer de derfor, når det gjelder normen etter Grl. § 97, for at hensynet til lovgivers handlefrihet setter en grense for hvor sterkt man kan hensynta de private interesser som ligger bak grunnlovens bestemmelse. Tilbakevirkningen må være ”klart urimelig eller urettferdig” for at grunnloven skal slå gjennom.

³¹ Se Rt. 1976, s. 1, s. 10

Lovgiver hadde ved vedtakelsen av endringen i folketrygdloven i forbindelse med grunnlovsspørsmålet stort sett kun forutsatt at det ikke forelå noen strid, og samtidig heller lagt sin hovedvekt på argumentasjon rundt hensiktsmessigheten bak lovendringen. Til tross for at det ikke er nevnt utpreget mye om grunnlovsmessigheten bak loven, utviser flertallet i sin grunnlovsvurdering en respekt for dette lovgiversyn. Til tross for at dommerne også finner argumenter på borgersiden som trekker i retning grunnlovsværn, reiser det ikke for dem såpass tvil at det er grunn til å la grunnloven skjære gjennom. Flertallets resultat i Borthen- dommen gjenspeiler altså tilsynelatende godt den varsomhet Høyesterett i tvilstilfelle skal utvise.

Den neste dom som kan plasseres i kategorien ”tvil rundt grunnlovsspørsmålet”, er Tomtefeste I- saken. Det var i denne dommen presiseringen av kvalitetskravet til lovgivers vurdering av grunnlovsmessigheten ble introdusert. Den lovgivervurdering som forelå for dommerne var noe kortfattet og led av en viss svakhet ved at den likestilte situasjonen for bortfesterne, enten festerne valgte innløsning eller forlengelse. Flertallet anså likevel ikke dette som grunn nok til å frata lovgivervurderingen vekt. Dette harmonerer ved første øyekast ikke åpenbart med det kvalitetskrav som er stilt til vurderingen.

Flertallet legger i sin begrunnelse vekt på at loven er begrunnet i ”tungtveiende boligsosiale hensyn”, slik også altså lovgiver har gjort.³² Dette er riktignok ikke det eneste argument konklusjonen støttes opp av, men en ser den samme tendens som i mange av de andre relevante dommer, til at grunnlovsvurderingen ofte munner ut i en interesseavveining, hvor det er hensynet til de privates minimumsværn som skal veies opp mot de samfunnsmessige hensyn som loven er satt til å verne. Særlig gjelder dette i grunnlovssakene hvor den formelle lov vurderes opp i mot Grl. § 97, og grunnlovsbudet forstås som en ”standard”- regel.

³² Se Rt. 2007 s. 1281, premiss 121

En ser ytterligere et eksempel på en noe manglende sammenheng mellom premiss og resultat. Samtidig viser det at domstolene i de fleste tilfeller har stor respekt for lovgiver, og at det skal mye til for at de setter sin vurdering over lovgiverens, selv også på de økonomiske rettigheters område.

Til dette kan også nevnes en dom som nylig ble avsagt, men som ikke er tatt med i gjennomgangen av rettspraksis ovenfor. Den aktuelle dommen ble avsagt av Høyesterett i oktober 2013³³, og omhandlet spørsmålet om innføringen av tidsbegrensning for fartøy som allerede var blitt tildelt tidsubegrensede strukturkvoter, var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grl. §97. Det var sterk dissens i saken, med et flertall på ni dommere mot et mindretall på åtte, hvor flertallet kom til at tidsbegrensningen ikke var grunnlovsstridig. Førstvoterende, som tilhørte flertallet, mente at den norm om den uegentlige tilbakevirkningen var “klart urimelig eller urettferdig”, som ble anlagt i Borthen- dommen, måtte legges til grunn for grunnlovsvurderingen. En slik norm indikerte en betydelig frihet for lovgiver til å gi lover med uegentlig tilbakevirkning, og førstvoterende kunne ikke etter sin helhetsvurdering se at virkningen for fartøyselskapet var så urimelig eller urettferdig at det i det aktuelle tilfellet måtte gjøres begrensninger i denne frihet.

5.2.2 Bestemmelsene til vern om den personlige frihet og sikkerhet

Kriteriet om varsomhet fra Høyesteretts side ved ”rimelig tvil” rundt en lovs grunnlovsmessighet, ble introdusert av Høyesterett først og fremst med det økonomiske grunnlovsværn for øye, jf. Kløfta. Men man kan av dette slutte ut fra tredelingens opphøyning av bestemmelsene til vern om den personlige frihet og sikkerhet som de med størst grunnlovsværn, at det her skal mer til for at Høyesterett finner det tvilsomt at det foreligger grunnlovsstrid. Domstolskontrollen skal jo her være særlig sterk. Det er imidlertid ikke i noen av dommene foretatt en tilsidesettelse av loven i tvilstilfelle.

³³ Se HR-2013-02200-P

I Kjuus- dommen kommer flertallet til at den innskrenkning som straffeloven gjør i den grunnlovsbestemte ytringsfriheten tillates. Dette fordi de vektlegger de motstridende beskyttelsesverdige interesser som større enn hensynet til borgerens rett til ytring. Professor Eivind Smith har fremhevet denne dommen som et vidtgående eksempel på at ”grunnloven blir mer eller mindre borttolket for – uten grunnlovsendring – å gi lovgivningsmakten det armslag Høyesterett finner passende”.³⁴ Avgjørelsesgrunnlaget synes i utgangspunktet legitimt i forhold til læren om tredelingen, på den måte at det ikke åpenbart er vektleggelsen av lovgivers synspunkt som leder flertallet til sitt resultat, men at de kommer frem til at loven må anses grunnlovsmessig på bakgrunn av en interesseavveining. Samtidig er det et poeng i det Smith nok prøver å antyde, at grunnloven ikke gis den tyngde i tolkningen som man kanskje kunne forvente med tanke på at det her er tale om kjernen av området for vern av ytringsfriheten.

Annenvoterende i Kjuus- saken, som representerer mindretallet, benytter samme interesseavveining som flertallet, men vektlegger grunnloven, demokratihensyn, organisasjonsfriheten og lovgivers manglende grunnlovsvurdering slik at ytringsfriheten slår gjennom overfor personvernet. Slik sett harmonerer mindretallets votum bedre med tredelingen på den måte at det eksemplifiserer den sterke gjennomslagskraft som grunnloven er sagt å skulle ha.

TV-Vest- dommen omhandler også den grunnlovsvernede ytringsfrihet, men flertallet mener at man i denne saken befinner seg lenger utenfor kjernen av grunnlovsvernet enn hva som var tilfelle i Kjuus-dommen, på grunn av at det ikke dreier seg om innholdet i en ytring, men om grensen for ytringers ”arena”. Dette synes som et argument i retning av legitimitet bak en svakere gjennomslagskraft for grunnloven, enn hva man kunne forventet i et slikt tilfelle som forelå i Kjuus- dommen. Det er jo imidlertid slik at ytringene nektes kringkastet nettopp på grunn av innholdet i dem, slik at en kan spørre seg hvor stor forskjellen mellom dette tilfellet og tilfellet i Kjuus- dommen rent faktisk er. Også her er det

³⁴ Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, kap. VIII, s. 367

jo tale om muligheten til å ytre politiske meninger, som jo er kjernen av det Grl. § 100 er satt til å beskytte.

Videre trekkes lovgivers hensiktsmessighetsskjønn frem som et argument til støtte for loven som grunnlovsmessig, ettersom den ikke er ”ufundert eller saklig sett svak på annen måte”, en kvalifisering som først ble trukket frem i Kjuus- dommen. Til dette må det for det første bemerkes at allerede i Kløfta- dommen, og i de senere dommer, ble det fremhevet at lovgivers vurdering av hensiktsmessigheten av en lov ikke er domstolenes oppgave å overprøve. Hensiktsmessighetsskjønnet er noe annet enn vurderingen av lovens forhold til Grunnloven; en lov kan anses som et tjenlig middel til å oppnå visse formål uten at den likevel harmonerer med Grunnlovens grenser. Dette er derfor ikke noe argument i seg selv i grunnlovsvurderingen. For det andre er denne terskelen; ”ufundert eller saklig sett svak”, lav med tanke på det rettighetsområde en befinner seg på. Det er kanskje forsvarlig ut fra demokratiske betraktninger og hensynet til folkesuvereniteten, å vektlegge alle vurderinger som ligger bak en lov uavhengig av hvilken sak og hvilket rettighetsvern en står ovenfor. Samtidig er domstolskontrollen borgernes siste sikkerhetsventil mot overgrep fra staten, et argument som taler mot å være for bundet av lovgiversynspunktet. Disse synspunkt kommer med tyngde når det gjelder hensiktsmessighetsskjønnet. Annet vil det være med grunnlovsmessigheten.

Derfor er det litt vanskelig å helt se flertallets begrunnelse i TV-Vest saken som overensstemmende med tredelingen og de hensyn som ligger bak den.

5.3 Kort oppsummering

Det er på det økonomiske området foretatt tre av fem tilsidesettelser av loven som grunnlovsstridig. En er foretatt i tvilstilfelle, mens to av dommene ble avsagt der hvor grunnlovsspørsmålet var kommet på spissen, altså lovgiver og Høyesterett var klart av to forskjellige oppfatninger hva gjaldt grunnlovstolkningen. På området for den personlige frihet og sikkerhet er loven tilsidesatt i en av de tre aktuelle dommene, og også her var konflikten mellom Høyesterett og lovgiver i sin største grad.

Dette viser først og fremst at prøvingsretten faktisk er en realitet, slik dommer Blom først i Kløfta- saken uttrykte at det måtte være. Hvor Høyesterett finner grunnlovsspørsmålet hevet over rimelig tvil, viker de ikke tilbake for å følge sine egne vurderinger på bekostning av lovgivers og følge grunnlovens løsning. Det er også en utvikling historisk sett på en mer aktiv holdning fra Høyesterett til generelt å ta opp grunnlovsspørsmål. I perioden før 1976 var domstolskontrollen av liten realitet, mens etter den første Kløfta- dommen har prøvingen tiltatt mer og mer.³⁵

Læren om tredelingen slik den ble introdusert i Kløfta- dommen, har blitt gjentatt og videreført i alle de nevnte grunnlovssaker i ettertid. Dette sier dog nødvendigvis ikke noe om at læren om tredelingen blir strengt fulgt opp. Slik gjennomgangen ovenfor i pkt. 5.1 og 5.2 viser, er ikke resultatene alltid et produkt av de generelle uttalelser i domspremissene. Jf. foreksempel at domstolskontrollen skal være særlig sterk og grunnloven skal ha stor gjennomslagskraft på området for den personlige frihet og sikkerhet, men likevel tillates den lov som gjør inngrep i kjernen av ytringsfriheten, jf. politiske ytringer, både i Kjuus- og TV-Vest- dommen. Riktignok medførte grunnlovsspørsmålet i disse sakene en viss grad av tvil, men at grunnloven hadde blitt gitt en større vekt i vurderingen hadde ikke vært betenkelig ut i fra læren om tredelingen. På samme måte hadde en mer tilbakeholden holdning fra Høyesterett og større grad av vektleggelse av lovgivers vurdering av grunnlovsmessigheten, ikke vært oppsiktsvekkende ut i fra de standpunkt flertallene i både Rederibeskatningsdommen og OVF-dommen tar til tredelingen i domspremissene.

Tore Scheis uttalelse om at avgjørelsesgrunnlagene i grunnlovssakene er preget av politiske elementer, så vel som rettslige, er interessant. Konklusjonen om tilsidesettelse eller ikke tilsidesettelse er slik jeg ser det ofte like mye et resultat av interesseavveininger, som et resultat av at dommerne forholder seg strengt til de rettslige normer de stadig gjentar at

³⁵ På 90- og 00- tallet ser man et større antall grunnlovssaker oppe hos Høyesterett, og forekomsten ser ikke ut til å være mindre de siste årene, snarere tvert i mot.

følger av tredelingen. Dette viser også de store dissenser i de fleste av grunnlovssakene. Grunnlovens bestemmelser er ofte standardpregete, og legger opp til en interesseavveining av borgernes rettsikkerhet på den ene side og de motstridende interesser på samfunnets side som loven er gitt for å regulere. Slik sett er Høyesteretts praksis slik den skal være, domstolenes oppgave er å komme frem til riktig resultat i den konkrete sak.

Samtidig blir det da vanskelig å se at det helt er grunnlag i praksis for å tale om noen fast lære om tredeling, eller sagt med andre ord, at de generelle uttalelser om denne tredelingen nødvendigvis er avgjørende for resultatene i de aktuelle saker.

6 Synet på lovgivers vilje

I utgangspunktet er det de folkevalgte ved Stortinget som gir lovene i medhold av Grl. § 75 a, og når dette er gjort på den korrekte grunnlovsbestemte måte, jf. Grl. §§ 76-79, har Stortinget bindende avgjort at loven skal gjelde og at den skal eksistere ved siden av grunnloven. Når Høyesterett setter en lov til side som grunnlovsstridig, avgjør de riktignok dette kun i den konkrete sak, men det har samtidig den virkning at dersom det samme saksforhold skulle komme opp igjen, vil resultatet bli det samme, jf. prejudikatsvirkningen. Og dette gir igjen den signaleffekt overfor lovgiverne at loven må endres, dersom den skal stå seg overfor grunnloven i fremtiden. På denne måten får domstolene et ord med i avgjørelsen av hvordan en lov må se ut for å holde seg innenfor grunnlovens grenser. I utgangspunktet er ikke dette problematisk dersom lovgiver overså forholdet til grunnloven eller alle konsekvenser av loven da den ble vedtatt. Da kan man si at også lovgiver er tjent med at Høyesterett foretar grunnlovsvurderingen, fordi det også er deres intensjon og ønske at grunnlovens grenser blir respektert. Professor Eivind Smith har til og med uttalt at ”i opphetede situasjoner kan det politiske styringssystem dessuten selv... ha behov for utenforstående instanser som kan avklare omstridte rettsspørsmål”.³⁶

³⁶ Se Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret*, s. 346

Det er først når lovgiver har foretatt en grundig vurdering av forholdet mellom lov og grunnlov og tatt standpunkt til grunnlovens forståelse, som eventuelt Høyesterett ser annerledes på, at man virkelig kan snakke om ”innblanding” fra Høyesteretts side. Og det er da spørsmålet om hvilken vekt Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet, for Høyesterett skal ha, er mest praktisk og av størst viktighet.

Professor Eivind Smith har uttrykt at domstolenes hensyntagen til Stortingets syn på grunnloven er et skritt i retning av prinsipielt å avskjære domstolenes prøvingsrett.³⁷ Jeg er til en viss grad enig i dette, men slik domstolskontrollen utøves i praksis, er det kun slik at lovgiversynet *kan* influere på det resultat domstolene kommer fram til. Høyesterett ser alltid hen til hvorvidt det er foretatt en vurdering fra lovgiver om grunnlovsspørsmålet, hvor grundig den eventuelt er og hvilket rettighetsområde de befinner seg på. Men slik gjennomgangen av rettspraksis har vist, vektlegges den forskjellig, alt etter hva dommerne finner rimelig i den enkelte sak. At Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet er en relevant rettskilde for Høyesterett når de foretar domstolskontroll, er et betryggende element i systemet for kontroll ut fra et demokratisk maktfordelingssynspunkt. Når Høyesterett har muligheten til å yte såpass stor innflytelse på lovgivningen, som egentlig tilligger Stortinget, synes det rimelig at Stortingets eget syn har en plass i Høyesteretts beslutningsprosess.

Tradisjonelt, siden 1976, er det slik at domstolene skal ta hensyn til lovgivers grunnlovsvurdering, men at vektleggelsen av den avhenger av hvilken bestemmelse Høyesterett står ovenfor, dog slik at lovgivervurderingen alltid er relevant og bør tas med i betraktning. Som en grov regel kan man si at hvor det er rimelig tvil om en lovs grunnlovsmessighet, og hvor Stortinget etter en forstandig vurdering har kommet frem til at loven ikke er i strid med grunnloven, vil domstolene sjelden sette loven til side. I tilfeller hvor Stortinget ikke har foretatt en slik vurdering, eller hvor vurderingen viser seg å være mangelfull, står domstolene betydelig friere til å vurdere lovens grunnlovsmessighet – og i tilfeller hvor det er

³⁷ Se Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret*, petitavsnitt s. 309-310.

hevet over rimelig tvil at loven er grunnlovsstridig, skal den tilsidesettes uavhengig av Stortingets syn. Men dette er også en grov regel, som kun setter et utgangspunkt.

Rettspraksis er ikke like entydig. Høyesterettsdommer Jens Edvin Skoghøy hevder at ”betydningen av Stortingets syn for alle tre kategoriene” av rettighetsbestemmelser er ”blitt betydelig redusert”. Etter en studie av de relevante dommer mener han at det er lite igjen av synspunktet om at domstolene ved tolkingen av de økonomiske rettigheter skal legge vekt på Stortingets grunnlovsforståelse, og med støtte i Rt. 2010 s. 1445, ”Krigsforbrytersaken”, antyder han at dette også nå gjelder for bestemmelser til vern om den personlige frihet og sikkerhet.³⁸ Som Eivind Smith har innvendt om disse uttalelser, er det viktig å være oppmerksom på at autoriteten av de må vurderes på bakgrunn av Skoghøys posisjon som en dommer som kommenterer avgjørelser han selv har vært med på å treffe og begrunne. ”Rettskildemessig er det domspremissene, og bare de, som må tale til omverdenen.”³⁹ En ser derfor nærmere hen til domspremissene:

6.1 Det økonomiske grunnlovsværn

I Kløfta- dommen uttalte flertallet at lovgivervurderingen på området for de økonomiske rettigheter måtte spille en ”betydelig rolle”, og at Høyesterett måtte vise ”varsomhet” med å sette sin bedømmelse over den, dersom det var rimelig tvil vedrørende hvordan grunnloven skulle forstås, og Stortinget klart hadde vurdert forholdet til grunnloven. Resultatet i saken ble tilsidesettelse, men på grunnlag av en grunnlovskonform tolkning av loven, slik at domstolene riktignok ikke åpenlyst tok standpunkt til, eller avstand fra, lovgivers grunnlovsforståelse. Flertallet i Borthen- saken ga også uttrykk for noe av det samme. De tilsluttet seg til førstvoterendes uttalelse om at hensynet til lovgivers handlefrihet ikke ville kunne tre i bakgrunnen, slik det kunne bli tilfelle på området for vern av individets sikkerhet og frihet. Resultatet i saken ble avsagt blant annet på grunnlag av denne vektleggelsen av lov-

³⁸ Se Jens E. Skoghøy, *Forbud mot tilbakevirkende lovgivning*, LoR 05/2011, s. 279-280.

³⁹ Se Eivind Smith, *Grl. § 97: En eller to hovedregler?*, LoR 07/2013

givers handlefrihet, og lovgivers vurdering av loven som formålstjenlig og grunnlovskonform ble respektert.

I Tomtefeste I- dommen ble det i tråd med de foregående avgjørelser generelt uttalt at det var ”sikker rettspraksis” at domstolene måtte være mer tilbakeholdne med å tilsidesette lovgivers vurderinger, men det ble samtidig oppstilt et kvalitetskrav til lovgivervurderingen som en forutsetning for at den skulle kunne tillegges vekt. Før denne dommen var det også hintet i denne retning i både Kjuus- og TV-Vest- dommen, jf. at lovgivers vurdering ikke måtte være ”ufundert eller saklig sett svak på annen måte”.

Kvalitetskravet oppstilt i Tomtefeste I innebar at lovgivervurderingen måtte være veloverveid og uten misforståelser. Generelle uttalelser om at forholdet til grunnloven var vurdert og i orden, kunne ikke tillegges vekt. Denne oppstillingen av et kvalitetskrav var på et vis en måte å redusere utgangspunktet om lovgivervurderingens generelle betydning på, fordi det innebar at lovgivers forståelse måtte oppfylle visse nærmere krav for å kunne avgrense domstolskontrollen, selv der hvor den etter de første uttalelser i Kløfta- dommen som hovedregel skulle ha gjennomskjæringskraft i relasjon til domstolenes syn på grunnlovsspørsmålet. Videre uttalte flertallet i Tomtefeste I- saken at til tross for at stortingsvurderingen led av en ”viss svakhet”, så de ikke noen grunn til å frata den dens betydning. Kvalitetskravet ble også gjentatt i Rederibeskatningsdommen, skjønt med et annet ordvalg, da de uttalte at lovgiver måtte ha lagt til grunn et relevant prøvingstema og tatt i betraktning alle mulige konsekvenser av loven. Den lovgivervurdering som var foretatt i forkant av den nye rederibeskatningsordningen var grundig og omfattende, men her valgte flertallet likevel ikke å legge vekt på den fordi lovgiver hadde lagt til grunn en annen vurderingsnorm enn den Høyesterett fant riktig. Rederibeskatningsdommen fra 2010 representerer altså den første brytning med det opprinnelige syn på betydningen av lovgivers grunnlovsvurdering. Også i OVF- saken fra 2010 valgte Høyesterett å legge sin egen grunnlovsførståelse til grunn, fremfor Stortingets, som var grundig og i følge flertallet ”klart” foretatt, slik at den i utgangspunktet skulle vært fulgt etter hva som tradisjonelt skulle gjelde på de økonomiske rettigheters område. Stortingets vurdering var ikke beheftet med svakheter, men konkluder-

te med et annet syn på grunnloven enn hva Høyesterett kom til. Det forelå ikke slik ”kvalifisert tvil” om grunnlovsforståelsen at Stortingets vurdering kunne være avgjørende.

På bakgrunn av dette kan man, i alle fall hva gjelder de økonomiske rettigheter, se en utvikling som stemmer overens med Skoghøys påstand om den fallende betydning av lovgivers grunnlovsforståelse. Høyesterett er ikke i de seneste dommer like ”varsomme” som de i 1976 ga uttrykk for å skulle være med å følge sin egen vurdering, på bekostning av lovgivers. Til dette kommer også at selv om domstolene kommer frem til et resultat som ikke kolliderer med den grunnlovsforståelse lovgiverne har lagt til grunn, er det ikke nødvendigvis slik at lovgivernes vurdering er det som er det avgjørende argument som gjør at dommerne kommer frem til dette. Ofte er det like mye et resultat dommerne kommer frem til på bakgrunn av at forholdet mellom grunnlov og lov legger opp til en vurdering mellom motstridende interesser, hvor de samfunnsmessige hensyn som rettferdiggjør den formelle loven gis avgjørende betydning, også i Høyesteretts tolkning av grunnlovsbestemmelsen. Eksempelvis var dette tilfellet i Borthen- dommen, hvor grunnlovsspørsmålet munnet ut i en avveining mellom pensjonistenes interesse i trygghet for levestandard på den ene side, mot lovgivers og samfunnets behov for å regulere den økonomiske velferd på den annen. Og resultatet ble etter flertallets mening at loven måtte gå klar av grunnloven fordi lovgivers og de samfunnsmessige interesser måtte være avgjørende i tolkningen av grunnlovens rekkevidde.

6.2 Vernet om den personlige frihet og sikkerhet

Når det gjelder de aktuelle dommer på området for grunnlovsbestemmelser til vern om den personlige sikkerhet og frihet, var det flertallet i Kjuus- dommen som først uttalte at lovgiver har en ”viss adgang” til å gjøre begrensninger på området. Dog slik at i kjerneområdet for slike bestemmelser er adgangen ”meget begrenset”. Derfor ville domstolskontrollen være ”særlig sterk” og eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten kunne vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet. Den lovgivervurderingen som for den aktuelle lovbestemmelsen var foretatt, inneholdt bare noen få uttalelser om forholdet til grunnloven, hvor det var forutsatt at loven ikke skulle gjøre noen end-

ringer i grunnloven. Derfor kom ikke her konflikten mellom lovgivers og Høyesteretts grunnlovsforståelse på spissen, slik den eksempelvis gjorde i Rederibeskatningsdommen, fordi dette var den type uttalelser fra lovgiver som Høyesterett klart hadde gitt uttrykk for å se bort i fra. (Det kan imidlertid være grunn til å merke seg at lovgivers manglende vurdering av lovens forhold til grunnloven var blant et av argumentene for mindretallet som gjorde at de konkluderte med grunnlovsstrid.)

Den andre sentrale dom som omhandler bestemmelsene om den personlige frihet og sikkerhet er TV- Vest dommen som ble avsagt i 2004. Der uttalte flertallet at siden man ikke befant seg i kjerneområdet for den personlige frihet og sikkerhet, var det ”atskillig større grunn” til å vektlegge lovgivers mening, i motsetning til når man opererte i kjernen. Domstolene burde anse seg “bundet” til lovgivers vurdering. Umiddelbart synes dette å strekke hensynet til lovgiver noe lenger enn hva som etter den originale læren om tredelingen skulle følge, se foreksempel førstvoterendes uttalelse i Rt. 1976 s. 1 som sier at domstolene bør “vise varsomhet” med å sette sin vurdering over lovgiverens. Dog viderefører dommer Oftedal Broch den reservasjon mot å legge lovgiverens vurdering til grunn, som det het i “Kjuus”- avgjørelsen, at de ikke “fremstår som ufundert eller saklig sett svakt på annen måte”. Spørsmålet gjenstår etter dette om hvor stor forskjellen rent faktisk er mellom disse generelle uttalelser. Lovgivers konklusjon om loven som en akseptabel begrensning i grunnlovens virkeområde aksepteres av flertallet.

Senere, i 2010, kom Krigsforbrytersaken. Her mente flertallet at det samme synspunkt som ble anlagt i Kjuus, om en særlig sterk domstolskontroll og at eventuelle forutsetninger fra lovgiver om lovens grunnlovsmessighet ikke kunne innskrenke grunnlovsvernet, måtte gjelde fordi saken dreide seg om kjernen av integritetsvernet. Den vurdering som lå bak innføringen av den aktuelle loven, var grundig og etter mitt syn vel støttet opp av flere gode argumenter som talte mot grunnlovsstrid. Likevel fant flertallet ikke grunn til å ta hensyn til dette ved deres tolkning av grunnloven.

Etter dette er det grunnlag for å si at de seneste dommer avsagt av Høyesterett, både når det gjelder grunnlovsvernet for økonomiske rettigheter og rettigheter som skal sikre enkeltindivids personlige sikkerhet og frihet, viser en utvikling i retning av at Høyesterett legger sin grunnlovsforståelse til grunn, uavhengig av om den stemmer overens med lovgivers, og da uavhengig av hvor grundig den er foretatt og hvorvidt den tilfredsstiller det ”kvalitetskrav” som ble oppstilt i Tomtefeste I- dommen.

7 Normativ vurdering av domstolskontrollens intensitet

7.1 Hvorfor er Høyesterett henholdsvis varsom og i andre tilfeller mer intens?

Etter tredelingen har den varierende intensiteten sammenheng med hvilke type bestemmelser det er tale om. Ta for eksempel bestemmelsene om statsorganenes arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse. Det foreligger svært få dommer etter 1976, hvor Høyesterett direkte behandler dette grunnlovsvernet, men i den nevnte OVF- saken argumenterte mindretallet for en annen grunnlovstolkning og sterkere vektleggelse av lovgivers grunnlovssyn enn hva flertallet gjorde, fordi de mente at man var nærere opp mot disse bestemmelsene enn bestemmelsene til vern om de økonomiske rettigheter, som flertallet tok utgangspunkt i. Dette henger sammen med at dette er det rettsområdet hvor domstolene anser det som aller mest nærliggende at hvilke regler som skal gjelde fullt og helt overlates til lovgiver, fordi det er de som står nærmest til å vurdere hva som er hensiktsmessig, da det direkte dreier seg om deres virke. Derfor forholder domstolene seg svært varsomme i relasjon til å tilsidesette lovgivers vurdering av loven som grunnlovsmessig, for at denne friheten skal være en realitet for lovgiver. Dog setter legalitetsprinsippet også her en grense, lovgiver står aldri fullstendig fritt.

I den andre enden av tredelingen har man bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige sikkerhet og frihet. Dette er bestemmelser hvor rettssikkerheten for den enkelte borger direkte berøres. De omhandler minimumsrettigheter som er ansett som grunnleggende i et demokrati for å sikre at borgerne får ivaretatt sine interesser og deltatt i beslutningsprosessene i samfunnet. Også her er det jo lovgivers oppgave å bestemme hvordan

disse bestemmelsene nærmere skal utformes. Men Høyesterett vil når grunnlovsspørsmålet på dette rettsområdet kommer på spissen, i følge læren om tredelingen, være mer tilbøyelig til å benytte grunnloven som skranke enn hva gjelder de to andre grupper rettigheter i tredelingen. Her er behovet for at domstolene benytter sin kompetanse til å sette ned foten mest presserende. Dette henger igjen sammen med synet på grunnloven som positiv rett, som jo er grunnlaget for å operere med domstolskontroll, ettersom dette innebærer at grunnloven anses som rettsregler som borgerne kan påberope seg på lik linje med formelle lover og andre rettskilder, dersom de anser den krenket. Tredjevoterendes votum i OVF- saken kan belyse dette synet på nødvendigheten av den største intensitet på dette rettsområdet:

”Det er etter mitt syn naturlig å ta utgangspunkt i at domstolenes rett til å prøve lovers grunnlovsmessighet ble utviklet ved en rekke tvister mellom staten og borgerne, og det er helt gjennomgående slik at det er nødvendigheten av å gi borgerne beskyttelse mot staten, som fremheves som grunnlag for prøvelsesretten. Når en kommer utenfor det kjerneområdet som utgjøres av individenes forhold til staten, er prøvingsretten nødvendigvis mer usikker.”⁴⁰

Som dommeren her fremholder er det i de tilfeller hvor staten gjør inngrep i borgernes rettssfære, og da spesielt når det gjelder deres personlige sikkerhet og frihet, slik som i ytringsfriheten eller på strafferettens område, at nødvendigheten av prøvelsesretten er mest fremtredende, og derfor intensiteten størst.

Så har man de økonomiske rettighetene som står i en mellomstilling blant disse to ytterpunktene i tredelingen. Høyesterett har sagt de her skal være varsomme i utøvelsen av prøvelsesretten, men samtidig ikke så forsiktige at de vil unnlate å tilsidesette loven i tvilstilfelle. De økonomiske rettigheter kan, slik flertallet uttalte i Borthen- dommen og rettspraksis viser, være av ganske ulik art. Dreier det seg for eksempel om trygderettigheter slik saken lå an i Borthen, handler det om rettigheter som sikrer et velferdsgrunnlag for den en-

⁴⁰ Se Rt. 2010 s. 535, premiss 186

kelte borger som, ved inngrep i fra staten kan være like invaderende i borgerens indre retts- sfære, som nektelse av en ytring. På den annen side trenger reguleringen av hvor mye en eiendomshaver gis ved ekspropriasjon, ikke medføre like store konsekvenser. På grunn av dette er det forståelig, og samtidig også nødvendig, at det opereres med varierende intensi- tet innenfor denne rettighetsgruppen. På den ene side kan domstolene tolke grunnloven strengere, hvor loven virker sterkt inngripende ovenfor borgernes økonomiske posisjon. På den annen side må domstolene respektere lovgivers behov for å benytte sin kompetanse til å regulere samfunnets økonomi på best mulig måte, i alle fall for fremtiden, og tolke grunn- loven i lys av samfunnets utvikling, i den grad det er akseptabelt å gjøre dette i samsvar med dens ordlyd.

Oppsummerende kan man generelt si at det uavhengig av hvilket rettighetsområde Høyes- terett befinner seg på, foretas en avveining av rettssikkerhetsprinsippet for borgerne på den ene side, mot hensynet til stortingets lovgiverkompetanse på den annen, og at resultatet av denne avveiningen er utslagsgivende for hvor intens Høyesterett anser seg for å kunne være.

7.2 Domstolskontrollens demokratiske legitimitet

Som det ble nevnt innledningsvis, skaper domstolskontrollen med lover et spenningspunkt mellom domstolene og lovgiverne, ved at de gis muligheten til å overprøve den vurdering av lovens rettmessighet i relasjon til grunnloven, som egentlig tilligger Stortinget etter den demokratiske modellen rettssystemet vårt hviler på. Ved utøvelsen av prøvingsretten fore- tar Høyesterett en tolkning av loven og grunnloven. En prosess som unektelig til en viss grad blir politisk preget ettersom den ofte beror på interesseavveininger, dog i varierende grad avhengig av grunnlovsbestemmelse, hvor dommerne vektlegger de ulike involverte interesser på den måte de anser hensiktsmessig. Og dette blir problematisk fordi de politis- ke beslutninger rent demokratisk kun skal foretas av de folkevalgte. Likevel har jo denne formen for kontroll eksistert som sikker etablert rettspraksis i lang tid, slik at en viss legi- timitet må dette instrumentet være ansett til å ha. Spørsmålet er om det er demokratisk *nok*, og om andre alternativer heller kunne tenkes.

Den situasjon hvor forholdet mellom domstol og lovgiver kommer på spissen, er de tilfeller hvor lovgiver har tatt standpunkt til lovens forhold til grunnlovsspørsmålet, og Høyesterett kommer til en annen forståelse enn lovgiver, slik at de to institusjoner er uenige om grunnlovens forståelse. Det kan være slik at Stortinget ved vedtakelsen av en lov har oversett forholdet til grunnloven helt, eller at de ikke har vurdert alle relevante konsekvenser av en lov. I slike tilfelle er det også prinsipielt et spørsmål om legitimiteten ved at dette spørsmålet tas opp av Høyesterett og ikke lovgiver. Men det er ikke da like betenkelig med tanke på at det på grunn av vårt hierarkiske rettssystem bør foretas en vurdering av lovens forhold til grunnloven, og når det ikke i første omgang er foretatt grundig nok av lovgiver, er det ut fra rettsikkerhetsmessige betraktninger forsvarlig at domstolene kan ta stilling til spørsmålet. Det er nemlig slik at grunnloven er den overordnede norm i vårt rettssystem. Den konstituerer den lovgivende makt, og angir de grenser de må holde seg innenfor. Lovene gis altså i medhold av grunnloven, og derfor er det overensstemmende med de grunnleggende verdier rettssystemet vårt bygger på at det foretas en betryggende kontroll av hvorvidt grunnlovens grunnleggende spilleregler etterfølges. Til dette kommer at det er en betryggende ordning for borgerne at de kan henvende seg til en annen instans enn den som eventuelt har krenket deres grunnleggende rettigheter som er grunnlovsfestet. Og med dette er man over i diskusjonen; dersom ikke Høyesterett skulle ha adgang til domstolskontroll med lover, hvilke andre alternativer har man? I en rekke andre land opererer man med såkalte forfatningsdomstoler, som er overordnet og uavhengige av de ordinære domstoler⁴¹, og ikke bare har kompetanse til å avgjøre forholdet mellom grunnlov og lov i den konkrete sak slik Høyesterett er begrenset til her i Norge, men tradisjonelt også kan ta opp spørsmålet uten at det er oppstått i noen rettslig tvist, også kjent som *abstrakt kontroll*. Det er også den forskjell for disse type domstoler fra den norske form, at kontrollen kan skje forut av at en lov er vedtatt (*ex ante*), og avgjørelsene har virkning *erga omnes*, det vil si ovenfor de øvrige statsorganer, slik at disse må respektere forfatningsdomstolens beslutning eventuelt om at loven ikke kan settes i kraft. Det er utvilsomt fordeler med en slik type ordning, for eksempel at en slik type domstol blir mer spesialisert innenfor grunnlovsspørsmål enn hva en ordinær domstol

⁴¹ Se Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret*, kap. 2, s. 33

er, og det er utvilsomt en fordel at det kan foretas kontroll av lovens grunnlovsmessighet før den settes i kraft. Dog påhviler det norske rettssystem den tanke at denne kontrollen *ex ante* foretas av lovgiver selv, og i og med at forfatningsdomstolene er uavhengig av de øvrige statsorganer, blir denne ordningen enda mer løsrevet fra denne tanken.

Det andre nærliggende alternativ til domstolskontrollen, er at lovgiverne selv foretar og har det siste ord i spørsmålet om en lovs grunnlovsmessighet. Det har i teorien vært hevdet at dette ikke er noen logisk umulighet.⁴²

I det gjeldende norske rettssystem, har Stortinget kontroll over grunnlovsspørsmålet gjennom forhånds- og etterhåndskontroll. Dette avhjelper utvilsomt noe av betenkelighetene bak prøvingsretten. Lovgiverne kan i prinsippet utøve etterkontroll ved å gå veien om grunnlovsendring etter Grl. § 112, dersom Høyesterett skulle foreta en tilsidesettelse.

Den viktigste påvirkningsmulighet har lovgiverne imidlertid gjennom forhåndskontroll. Lovgiverne foretar kontrollen *ex ante*, under forberedelsene med loven. Eller, rettere sagt, de har i alle fall muligheten til å foreta slik kontroll. I praksis foretas den med ulik omstendighet, slik man ser at også Høyesterett tar hensyn til i sin rettsanvendelse. Foretas en grundig nok vurdering av lovens forhold til grunnloven, hvor alle mulige konsekvenser av en lov tas i betraktning og vurderes som overensstemmende, slipper de å havne i den situasjonen, eller sannsynligheten er i alle fall større for, at deres syn kolliderer med Høyesteretts slik at loven må tilsidesettes. Skjønt det er aldri en garanti heller i disse tilfeller, jf. for eksempel Rederibeskatningsdommen.

De mangler som kan være beheftet lovgivers vurdering, særlig under arbeidet med forhåndskontrollen, tilsier at det er betenkeligheter med å overlate kontrollen med hvorvidt grunnlovens grenser overholdes, helt og holdent til lovgiverne selv. Blant annet har høyesterettsdommer Tore Schei antydnet en skepsis rundt hvorvidt forhåndskontrollen er slik den

⁴² Se Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret*, kap. 22, s. 308

bør være, hensett til de tre grunnlovssakene i 2010 som alle resulterte i tilsidesettelser, av lover som var blitt til etter hard politisk strid.⁴³ Især må dette komme inn med tyngde når man er på området for bestemmelsene til vern om den personlige frihet og sikkerhet. Det er betryggende at det er en utenforstående instans som også kan forelegges slike spørsmål, særlig fordi det kan være en unnskyldelig forglemmelse fra lovgivers side, å overse visse problemstillinger. Og da er jo domstolskontrollen bare et behjelpelig instrument. Det bemerkes også at det kunne komme i konflikt med rettssikkerhetsprinsipper dersom den samme instans som gir lovene, alene skulle kontrollere hvorvidt deres virksomhet var rettmessig. Rettssystemet vårt er hierarkisk oppbygd, på den måte at borgerne alltid har den sikkerhetsventil at det finnes en overprøvingsmulighet på et overordnet plan. Tanken er at overprøving av det samme organ ikke sikrer den nøytralitet og ugildhet som det overordnede organ kan tilby. Og disse argumenter har definitivt overføringsverdi også når det gjelder forholdet mellom lovgiver og domstol. Særlig dersom man tenker på at behandling i lovgiverorgan unektelig blir mer politisk preget enn hva domstolsbehandling av grunnspørsmålet blir. Selv om det også i Høyesterett slik nevnt er rom for en viss grad av politiske vurderinger, kan man ikke tale om samme nivå. Politiske vurderinger er ikke galt, de har den positive side at et spørsmål vurderes fra flere forskjellige synspunkt. Men tolkningen av rettsregler, især grunnlovsbestemmelsene, må sikre en viss grad av forutberegnelighet og kontinuitet, noe som etter min mening setter en grense for i hvilken grad vurderingen av grunnlovsspørsmålet kan influeres politisk. Siden grunnloven er den overordnede norm i vårt rettssystem som setter de grenser som folket gjennom folkesuverenitetsprinsippet til enhver tid velger å underkaste seg, jf. Grl. § 112, er det viktig at vurderingen av hvorvidt man holder seg innenfor følger rettslige retningslinjer som sikrer en større grad av forutberegnelighet og objektivitet.

Dog, en ting er den demokratiske legitimitet bak selve instituttet domstolskontroll med lover. Det dypere spørsmål angår utøvelsen av kontrollen, særlig den nærmere demokratiske legitimitet bak det å dele grunnlovsbestemmelsene inn i tre grupper når slik kontroll utfø-

⁴³ Se Tore Schei, *Har Høyesterett en politisk funksjon?*, s. 332

res. Jeg ser det som et spørsmål om det demokratiske bak det å sette seg ut over lovgivers vurdering, ulikt, alt etter hvilke typer bestemmelser det er snakk om. Grunnloven i seg selv som rettssystemets øverste norm er jo et av de viktigste argument for å operere med domstolskontroll med lover. Da kan det umiddelbart synes som et skritt i motsatt retning av argumentasjonen å oppstykke bestemmelsene inntatt der, når det er tanken om grunnloven som grensesetter som nødvendiggjør kontrollen. Vektleggelsen av grunnlovens rettslige plassering gjør det merkelig å tillegge enkelte bestemmelser der mer ”viktighet” enn andre, så lenge det ikke følger av grunnloven selv. En slik innvending gir også Eivind Smith uttrykk for når han sier at ”læren kan ikke bygges på grunnloven selv”,⁴⁴ noe også Grl. § 110c i seg selv underbygger, som eksplisitt pålegger den norske stat å sikre alle menneskerettigheter. Men så må man spørre seg om det er egentlig det som skjer når det er foretatt en tredeling. Det det egentlig dreier seg om er tre områder hvor domstolene er mer eller mindre tilbøyelige til å sette seg ut over lovgivers vurdering. Og dette er i teorien ikke udemokratisk, fordi man forsøker å finne et kompromiss i det spenningsforholdet mellom lovgiver og domstol som domstolskontrollen skaper. Det at det tas hensyn til lovgivers meninger om grunnlovsmessigheten er en måte å bringe de folkevalgtes meninger inn i domstolenes vurdering på, uten at det politiske aspekt får for stor plass. Samtidig er det ikke til å legge skjul på at domstolenes virksomhet er en tolkningsprosess, slik at det synes naturlig at intensiteten bør henge sammen med rimeligheten av at domstolene legitimt kan forholde seg nokså fri i sin tolkning, også i forhold til grunnloven. Noen av grunnlovsbestemmelsene er gamle og må tolkes i lys av endringer i samfunnsforholdene. Og en slik adgang til tolkning av grunnlov og lov bør stå i samsvar med hvor inngripende bestemmelser det er snakk om. Jo mindre inngripende bestemmelser, desto rimeligere anses en varsom holdning fra Høyesteretts side i forhold til lovgiver. Jo mer inngripende bestemmelser, desto større grunn er det til å godta at Høyesterett er mer aggressive i sin frie tolkning, slik at ingen inngrep gjøres i de minimumsrettigheter som er grunnlovsfestet. De må ha større adgang til å sette seg ut over lovgivers vurdering dersom de finner dette nødvendig, for å sikre borgernes rettssikkerhet.

⁴⁴ Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, kap. VIII, s. 370

På grunn av betenkelighetene som reiser seg vedrørende domstolskontrollen, og det faktum, slik jeg ser det etter den studie som er foretatt av rettspraksis, at også håndteringen av grunnlovsspørsmålet i denne instans til en viss grad blir politisk preget gjennom interesseavveininger, anses det rimelig at intensiteten varierer i forhold til hvilke rettigheter det er tale om.

8 Avslutning

Kanskje blir læren om tredelingen stadig gjentatt av Høyesteretts dommere, fordi den implifiserer et grunnleggende verdisyn som nok de fleste kan være enige om. Vern av individets liv og sikkerhet er viktigere enn vern av for eksempel eiendom. Det er også demokratisk legitimt å utøve domstolskontrollen i tråd med dette syn. Men med dette er det ikke nærmere sagt noe om hvordan kontrollen bør utøves på nivået for de mangfoldige saker som kommer opp for Høyesterett. Som gjennomgangen av rettspraksis har vist, er det antakelig ikke lenger holdbart å si at det opereres med noen ”lære”. Dette nødvendiggjør en ny klargjøring av hvordan systemet for domstolskontrollen bør være, mer frigjort fra det som Kløfta- dommen i 1976 introduserte.

De formelle lovers forhold til grunnloven er et viktig konstitusjonelt spørsmål, og det bør fortsatt eksistere rettslige retningslinjer for Høyesterett for hvordan de skal håndtere disse spørsmål. Grunnlovsspørsmål er ofte preget av interesseavveininger og helhetsvurderinger, men dette kan ikke være de eneste kriterium. Et syn i denne retning kan man også finne hos Eivind Smith når han konstaterer at Høyesterett aldri har satt en lov til side som grunnlovstridig på grunn av ”urimelighet”, ”urettferdighet” eller lignende: ”I en rettskultur som det norske er det heller ikke grunn til å tro at noe slikt vil skje i nær fremtid. Og... tilbøyelig til å mene at det heller ikke *bør* skje.”⁴⁵

⁴⁵ Se Eivind Smith, *Grunnloven § 97: En eller to hovedregler?*, LoR 07/2013, s. 491-492

9 Litteraturliste

9.1 Dommer

Rt. 1976 s. 1

Rt. 1996 s. 1415

Rt. 1997 s. 1821

Rt. 2004 s. 1737

Rt. 2007 s. 1281

Rt. 2010 s. 143

Rt. 2010 s. 535

Rt. 2010 s. 1445

HR-2013-02200-P

9.2 Juridisk teori

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2009

Smith, Eivind, *Høyesterett og folkestyret*, Universitetsforlaget AS, 1993

9.3 Artikler og nettdokumenter

Skoghøy, Jens Edvin, *Forbud mot tilbakevirkende lovgivning*, LoR 05/2011

Schei, Tore, *Har Høyesterett en politisk funksjon?*, LoR 06/2011

Smith, Eivind, *Grunnloven § 97: En eller to hovedregler?*, LoR 07/2013